



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

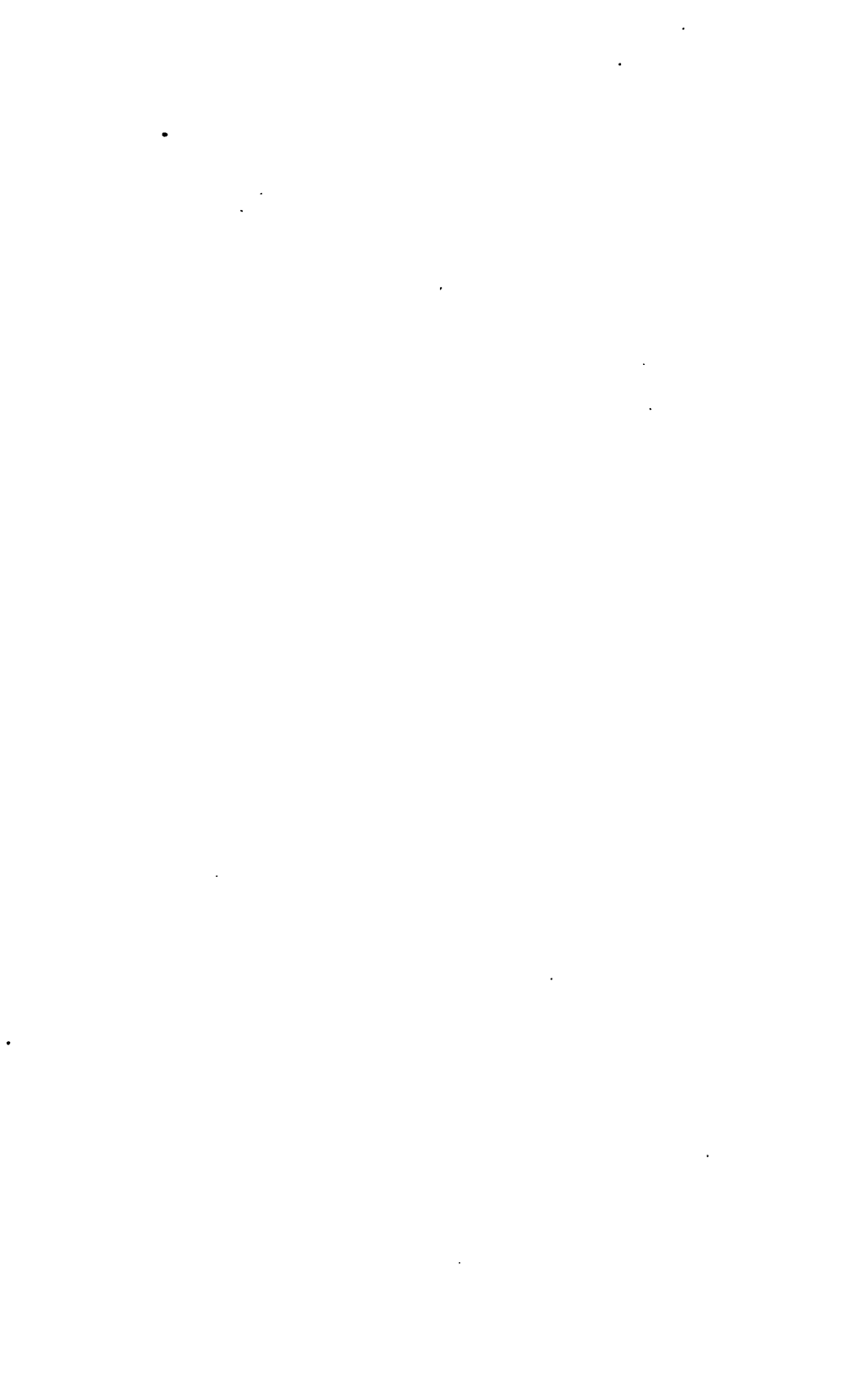
- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>







LOWER-CANADA

R E P O R T S .

2001

DÉCISIONS DES TRIBUNAUX

DU

BAS-CANADA.

REDACTEURS : MM. LELIÈVRE ET ANGERS.

COLLABORATEURS A MONTREAL : MM. BEAUDRY ET ROBERTSON.

~~~~~  
**VOLUME VII.**  
~~~~~

QUÉBEC :

IMPRIMÉ PAR AUGUSTIN COTÉ.

1857.

*LIBRARY OF THE
LELAND STANFORD, JR., UNIVERSITY
LAW DEPARTMENT.*

58,646

TABLE

OF

CASES REPORTED.

	PAGES.		PAGES.
A		D	
Aitken, Montreal Assurance Company <i>and</i>	88	Dubois <i>vs.</i> Hall,	479
Aylwin <i>vs.</i> Judah,	128	Dumas, Mountain <i>vs.</i>	430
		Dunlop, Joutas <i>vs.</i>	420
		Dyde, Henshaw <i>vs.</i>	124
B		E	
Beaudoin <i>vs.</i> Dalmasse,	47	Emerick <i>vs.</i> Paterson,	239
Belleau, Poliquin <i>vs.</i>	468		
Bentley, Hillier <i>vs.</i>	241	F	
Blais, Bussière <i>vs.</i>	245	Fahey <i>and</i> Jackson,	27
Bois, Regina <i>and</i>	471	Fontaine, Lamothe <i>and</i>	49
Bonner, Johnston <i>and</i>	80	Fournier <i>and</i> Russel,	136
Boston, Irwin <i>and</i>	433	Fowler <i>and</i> Meikleham,	367
Boston <i>and</i> Taylor,	329	Fraser, Roche <i>vs.</i>	472
Boutillier, Torrance <i>and</i>	106		
Breakey, King <i>and</i>	306	G	
Brearter <i>vs.</i> Hooker,	55	Gauvreau, Lambert <i>and</i>	277
Burke, <i>Ex parte</i>	403	Gugy <i>and</i> Larkin,	11
Bussière <i>vs.</i> Blais,	245		
C		H	
Choquette, Jetté <i>and</i>	63	Hall, Dubois <i>vs.</i>	479
Colina, The, Mercier <i>vs.</i>	427	Henshaw <i>vs.</i> Dyde,	124
Craig, Whitney <i>vs.</i>	272	Hillier <i>vs.</i> Bentley,	241
Cummings <i>and</i> Quintal,	139	Hooker, Brearter <i>vs.</i>	55
Cunningham, Levenson <i>vs.</i>	275	Hoyle <i>and</i> Torrance,	312
D		I	
Dalmasse, Beaudoin <i>vs.</i>	47	Idler, Ryan <i>and</i>	385
Daly, Morrin <i>vs.</i>	119	Industry Village <i>and</i> Rawdon	
Daly, White <i>vs.</i>	360	R. R. Co., White, <i>vs.</i>	360
Demers, <i>Ex parte</i>	428	Irwin <i>and</i> Boston,	433
Dorion <i>and</i> Rivet,	257		

PAGES.		PAGES.
	J	Montreal Assurance Co. and
		Aitken, 88
Jackson, Fahey <i>and</i>	27	Moreau <i>and</i> Motz, 147
Jackson, Lanouette <i>and</i>	362	Morrin <i>vs.</i> Daly, 119
Jetté <i>and</i> Choquette,	63	Motz, Moreau <i>and</i> 147
Johnston <i>and</i> Bonner,	80	Mountain <i>vs.</i> Dumas, 430
Joutras <i>vs.</i> Dunlop,	420	Murphy, O'Sullivan <i>vs.</i> 424
Judah, Aylwin <i>vs.</i>	128	
Judah <i>vs.</i> Rolland,	128	N
J..... <i>vs.</i> R.....,	391	
	K	Nye <i>and</i> Malo, 405
		O
Kierskowski <i>vs.</i> Talon,	359	O'Sullivan <i>vs.</i> Murphy, 424
King <i>and</i> Breakey,	306	
	L	P
		Pattenaude <i>and</i> Lérigé, 66
Lambert <i>and</i> Gauvreau,	277	Patterson, Emerick <i>vs.</i> 239
Lamothe <i>and</i> Fontaine,	49	Poliquin <i>vs.</i> Belleau, 468
Lampson <i>vs.</i> Smith,	425	Principal Officers of H. M.
Lanouette <i>and</i> Jackson,	362	Ordnance, Laporte <i>and</i> 486
Laporte <i>and</i> Principal Officers		
of H. M. Ordnance,	486	Q
Larkin, Gagy <i>and</i>	11	
Lee <i>vs.</i> Martin,	351	Quintal, Cummings <i>and</i> 139
Lee, Thibaudeau <i>and</i>	230	
Lérigé, Pattenaudd <i>and</i>	66	R
Levenson <i>vs.</i> Cunningham,	275	
Liverpool and London Fire and		Regina <i>and</i> Bois, 471
Life Insurance Co., Ma-		Rivet, Dorion <i>and</i> 257
guire <i>vs.</i>	343	Robertson <i>vs.</i> Robitaille, 3
	M	Robitaille, Robertson <i>vs.</i> 3
		Roche <i>vs.</i> Fraser, 472
Maguire, <i>Exparte</i>	57	Rolland, Judah <i>vs.</i> 128
Maguire <i>vs.</i> Liverpool and		Roy, McFarlane <i>and</i> 77
London Fire and Life Insu-		Russel, Fournier <i>and</i> 130
rance Co.,	343	Russel, Union Building So-
Maguire <i>and</i> Scott,	451	ciety <i>vs.</i> 374
Malo, Nye <i>and</i>	405	Ruston, Withall <i>vs.</i> 399
Martin, Lee <i>vs.</i>	351	Ryan <i>and</i> Idler, 385
Martin, Tétu <i>vs.</i>	42	R....., J..... <i>vs.</i> 391
McFarlane <i>and</i> Whiteford,	318	
McFarlane <i>and</i> Roy,	77	S
Meikleham, Fowler <i>and</i>	367	
Mercier <i>vs.</i> The Colina,	427	Scott, Maguire <i>and</i> 451
Meunier, Sharing <i>and</i>	250	Sharing <i>and</i> Meunier, 250
		Smith, Lampson <i>vs.</i> 425

iii

	PAGES.		PAGES
T		W	
Talon, Kierakowski <i>vs.</i>	359	White <i>vs.</i> Daly,	360
Taylor, Boston <i>and</i>	329	White <i>vs.</i> Industry Village	
Terrien, <i>Ex parte</i>	429	<i>and</i> Rawdon, R. R. Co.	360
Têtu <i>vs.</i> Martin,	42	Whiteford, McFarlane <i>and</i>	318
Thibaudan <i>and</i> Lee,	230	Whitney <i>vs.</i> Craig,	272
Torrance <i>and</i> Bontillier,	106	Withall <i>vs.</i> Ruston,	399
Torrance, Hoyle <i>and</i>	312		
U			
Union Building Society <i>vs.</i>			
Russel,	374		



LOWER-CANADA

REPORTS.

DÉCISIONS DES TRIBUNAUX DU BAS-CANADA.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before :—BOWEN, Chief Justice, MEREDITH and MORIN,
Justices.

No. 895. { ROBERTSON,..... *Petitioner*
 vs.
 ROBITAILLE, Mayor of Quebec,.... *Respondent.*

Held:—That a writ of *mandamus* may be properly directed to the Mayor of a City Council alone, to rectify the minutes of the Council, if the grievance to be remedied was caused by the Mayor. *Meredith, Justice, dissentiente.*

Jugé:—Qu'un writ de *mandamus* peut être adressé légalement au Maire d'un Conseil-de-Ville seul, pour faire rectifier les minutes du Conseil, si le grief à corriger a été causé par le Maire. *Meredith, Juge, dissentiente.*

Judgment rendered the 5th January, 1857.

Robertson, a member of the City Council for the City of Quebec, on the 1st August last, being about to vote in favor of a motion made by Jean Bureau, one of the City Councillors, that interest be allowed and paid to one Joseph Archer, the contractor for the erection of the *Château d'Eau* at *la Jeune Lorette*, on a balance of £1,220, found due to him upon his contract for that work, his right to vote was objected to by Edward Glackmeyer, Esquire, and other of the Councillors, as being interested in the matter, he, Robertson, having been one of the sureties of the said Archer

in the original contract, and Connolly as the representative of the other surety. This objection was then submitted to the Mayor, Robertson insisting on his right to vote in the affirmative. The Mayor however decided that Robertson and Connolly were interested and could not vote, and the motion of Bureau being then put, the Council became equally divided, to wit: 8 voting against the motion, and 8 for it. The Mayor, then, gave his casting vote, which was against the original motion of Bureau. Upon this, Robertson applied for a writ of *mandamus*, alleging that he had no interest, and had a right to vote, that the ruling of the Mayor was erroneous, and praying that the minutes of the Council be amended and rectified by setting aside the casting vote of the Mayor, and the recording of his, Robertson's own vote, in favor of the motion, thereby altering the result of the votes. A writ of *mandamus* was accordingly granted, addressed to the Mayor alone. The Mayor, by his Counsel, having shewn cause, and the parties having gone to evidence and been heard, the Court proceeded to give Judgment.

BOWEN, Chief Justice, after stating the several particulars of the case said :—The judges are unanimous in declaring that Robertson had no interest whatever in the matter submitted to the Council, that he had a right to vote, that the ruling of the Mayor was erroneous and illegal, and his casting vote improperly given ; that had Robertson's vote been taken, the motion to allow interest to Archer from the time of the institution of his action against the Corporation for the recovery of the balance due to him, which action was withdrawn, the parties having agreed to refer the demand to arbitration, and the arbitration having found that £1220 was due to him, but were unable to say from what date interest should run, instead of being lost, would have been carried, and consequently a peremptory *mandamus* ought to issue, if the proceedings in other respects be regular ; for although Robertson had been one of the sureties

of Archer, at the time of this vote the contract had been entirely fulfilled, and the liability of Robertson had ceased, the Corporation having been in possession of the work for upwards of three years, and found it of the very best description ; but had it been otherwise the Corporation having £1,220 of Archer's money in its hands to satisfy any demand that could possibly arise against him, had all the security it could require ; all the witnesses concur in stating that the work is of the best possible description, and that no fault whatever has been found with it, and this has been frankly admitted by the learned Counsel for the defendant.

But another question has been raised, namely, whether the writ has not been improvidently issued, it being addressed to the Mayor alone ; it is contended that it ought to have been addressed to the Mayor and Councillors for the City of Quebec. The majority of the Judges are, however, of opinion that the writ is properly directed, and that the remedy sought for, may and ought to be enforced by ordering that a peremptory *mandamus* do issue addressed to the Mayor *alone*. Robertson and Connolly's right to vote, was neither submitted to or decided by the Council, but by the Mayor alone. He it is and not the Corporation therefore who has done the *wrong act*, and it is him who is bound to remedy it. The duty of entering up the minutes correctly devolves upon him with the aid of the Secretary, so that under the authority of the *mandamus* he can set matters right, and if the Councillors oppose him, he can make a special return to that effect, when another writ may be directed to them.

I refer to Salkeld, pp. 699, 701.

In the first of the cases there mentioned, *Rex vs. the Mayor of Abingdon*, it was objected that the writ being addressed "To the Chief Burgesse," it was misdirected, for that this officer was but a part of the Corporation, whereas the name of the Corporation was "The Mayor, Bailiff and Burgesses," and it was urged that persons constituting a Corporation

could be considered but in one of these two capacities, viz., their corporate or their natural capacity, and that the writ must be directed to them either by names, or as a Corporation, and they cited Holt's case, 2 Jones 52, in point, Holt. C. J. said that case was not law ; that Serjeant Pemberton, Sir Wm. Jones, and all the learned part of the bar wondered at the resolution, and though it should be true that a mandatory writ might be directed to the whole corporation, yet it could not be necessary it should be directed to more than those or that part of the Corporation that was concerned in the execution of the thing required, for it is not in the power of others to put the command of the writ in execution,—and the writ was held good.

In the second case referred to, *Domina Regina*, vs. the Mayor of Hereford, Holt C. J. said : “ It is enough to direct the writ to those who are to execute the writ or do the thing required.

In the present case, the Mayor may summon the same members of the Council who were present, on the 1st August last, and may, in their presence, record the order of the writ, and rescind the entry made on that day, and either Robertson, or the original mover Bureau, may renew the motion respecting the payment of interest, and move to rescind the decision of the Mayor, which would, then, be carried by the Majority.

MORIN, Juge :—“ Je pense que le writ a pu et dû être adressé au maire plutôt qu'au conseil. C'est l'autorité qui a mis l'obstacle qui doit être appelée à le lever. Le vote prépondérant du maire, et sa prétention que le requérant était intéressé, et ne pouvait voter, sont un seul et même acte, ou du moins l'un repose sur l'autre. Le Conseil n'a pas eu occasion, par appel ou autrement, de décider sur cette prétendue incompétence, donc, la déclaration est restée l'acte du maire. On peut d'autant mieux s'adresser à lui pour faire réformer l'entrée du

régistre, qu'il était la personne qui devait voir en même temps à ce qu'il fut correct."

MEREDITH, Justice.—In this case, the Petitioner has obtained a writ of *mandamus* addressed to the Mayor of this City. The petitioner alleges in effect, and, indeed, I may add has proved, that he is a member of the City Council, that at a meeting of that body, held on the 1st day of August last, the Mayor illegally refused to receive his vote on a question then submitted to the Council, and that, in consequence of such refusal, his vote on that occasion was not recorded. The object therefore of the *mandamus*, which, as I have already observed, is addressed to the Mayor alone, is to compel him to amend the minutes of the City Council by entering therein the vote of the Petitioner. The majority of the judges who heard this case are of opinion that a peremptory writ of *mandamus* should issue, but in that opinion I cannot concur, as, after giving to the case much consideration, it appears to me manifest that the Mayor has no power to do the act which the writ requires him to perform. The minutes to be changed are not the minutes of any proceedings on the part of the Mayor alone, they are, on the contrary, the minutes of a meeting of the City Council, and, as such, are to be regarded as having been framed and concurred in by the Council, and as now being under the control, not of the Mayor alone, but of the whole Council, and the Mayor by himself has not, in my opinion, the power of making any change whatever in the minutes of the meeting as they were entered at the time. The general rule applicable to cases of this kind, is that the *mandamus* must be directed to those who are to do the thing commanded; Comyn's Digest, vol. 5, p. 39, verbo *Mandamus*; and where an act is to be done by some of the integral parts of the Corporation, the writ may be directed either to the whole of the Corporation, or to those integral parts. Comyn's Dig. same vol. p. 40. Lord Raymond 559, 560. Salkeld 701. But in all cases, reason dictates and the law requires that,

"the writ must be directed to all those who are legally bound to execute." Tapping pp. 313 and 317, or to use the words of Chief Justice Holt, it must be directed "to those concerned in the execution of the thing required."

By the 48th sec. of the 18th Vict. chap. 159, it is enacted "that minutes of all proceedings to be had as aforesaid, (that is in the Council) shall be drawn up and fairly entered in a book to be kept for that purpose, and shall be signed by the Mayor or Councillor presiding at such meeting." If the minutes of the proceedings in question had been properly drawn up and entered in the minute book, and that the Mayor had refused to sign the minutes so prepared, he doubtless could have been compelled to do so by a writ of *mandamus*, directed to him alone, as the signing of the minutes is his special duty. See Salkeld p. 701, also Angell and Ames on Corporations, pp. 571, 573, chap. 20, second edition, see also 6 Ad. & El. N. 8, p. 440; but in the preparing and entering of the minutes of the Council all the members of the Council are equally concerned, and I therefore think that the *mandamus* ought to have been so prepared as to extend to them all.

The clause of our Statute to which I have already referred, is in effect the same as a provision which is to be found in the English Statute 5 & 6, Will. 4 cap 76. The words of the English Statute are "Minutes of the proceedings of all such meetings shall be drawn up and fairly entered in a book to be kept for that purpose, and shall be signed by the Mayor, Alderman or Councillor presiding at such meeting." Subsequently to the passing of that Statute, a rule was obtained in the Court of Queen's Bench in England, calling upon "the Mayor and Town Clerk of the Borough of Evesham, to show cause why a Writ of *Mandamus* should not issue directed to them, commanding them to enter in the minute book of the Council of that Borough," a certain resolution passed at a previous meeting of the Council, Sir William Follett, (and C. Cooper,) in shewing

cause against that rule observed "this *mandamus* is improperly directed, the Mayor and Town Clerk have no more power over the minutes than any other member of the Council." The arguments of Counsel, however distinguished, cannot be cited as having all the weight of authorities, but still the opinion of Sir William Follett, who was doubtless one of the ablest lawyers of his time, although expressed in the course of an argument, is entitled to much consideration. The case was disposed of on another ground, but it is to be remarked that the observation above quoted was not questioned either by the Counsel for the opposite side, or by the Bench. It is hardly necessary to observe that if the opinion of Sir William Follett as above quoted, be well founded, it completely bears out the view I take of the present case. I will merely add that in the case cited by the learned Counsel for the Petitioner, from the 11th Ad. and Ellis, p. 512, although from the manner in which the case is referred to by Tapping, p. 101. N. 2, it might be supposed that the writ was addressed to the Mayor alone, yet on reference to the report of the case I find the writ was addressed "to the Mayor, Aldermen and Burgesses of the Borough of Leeds."

Upon the whole then, I am of opinion that a peremptory *mandamus* ought not to issue to the Mayor, inasmuch as he has not the power of performing the Act required to be done, the minutes of the proceedings of the Council being under the control of the Council, and not under the control of the Mayor alone.

BOWEN, C. J., then read the following Judgment.

"The above named judges having seen and examined the petition of the above named Alexander Robertson, one of the City Councillors duly elected and sworn for the City of Quebec, praying that Her Majesty's writ of *mandamus* might issue, commanding Olivier Robitaille, of the same city of Quebec, Esquire, Mayor of the said city, duly

elected, sworn and acting as such, to correct the proceedings and minutes of the said Council, and the casting vote given by the said Mayor at the meeting of the city Councillors, held in the City Hall on the first day of August last, when upon a motion then and there had by one of the said Councillors, namely by Jean Bureau, that interest be allowed to one Joseph Archer, upon the balance of one thousand two hundred and twenty pounds, currency, then due and owing to him by the Corporation of Quebec, for the construction of the *château d'eau* at Lorette, for the supply of water to the citizens of Quebec, and of which the said Corporation had been in possession for upwards of three years to their entire satisfaction; and without any fault or complaint having been made by the said Corporation touching the said works, and upon which occasion the said Alexander Robertson was desirous to give, and demanded to be allowed to record his vote in the affirmative, and in favor of the said motion, but was refused by the aforesaid Mayor on the alleged ground of interest, the Council being thus deprived of his vote, became equally divided, eight for, and eight against the said motion, whereupon the said Mayor gave his casting vote rejecting the motion of the said Jean Bureau; and the Judges now here present having seen and examined the said petition, the answer thereto by and on behalf of the said Mayor, the evidence adduced and of record in this cause, and having heard Andrew Stuart, Esquire, Queen's Counsel, of Counsel for the petitioner, and Louis de Gonzague Baillargé, Esq., of Counsel for the Mayor aforesaid, and upon the whole duly deliberated."

"Considering that it has been clearly established that no sufficient legal interest existed, on the said first day of August last, to debar the said Alexander Robertson from exercising his undoubted right to vote in the affirmative upon the motion of Jean Bureau, as aforesaid. It is therefore, hereby considered and adjudged; Mr. Justice Meredith dissenting:—That a peremptory writ of *mandamus*, in the name of Our Sovereign lady the Queen, do issue in due form of law, order

ing and commanding him, the said Mayor, to restore to the said Alexander Robertson, the petitioner, his undoubted right to vote as claimed by him on the said first day of August last, and by his petition in this behalf; and that the said Mayor do cause such, his affirmative vote, to be entered in the proceedings of the said City Council, and to expunge the casting vote of the said Mayor, the same being wholly and altogether unjust and illegal, and to cause the minutes to be corrected accordingly, and the motion of the said Jean Bureau to be entered therein as carried by a majority of nine to eight; the whole with costs to the said Alexander Robertson, to be taxed.

STUART and VANNOVOUS, for the Petitioner.

BAILLARGÉ, for the Mayor.

QUEEN'S BENCH; } DISTRICT OF MONTREAL.
APPEAL SIDE.

Before:—Sir L. H. LAFONTAINE, Baronet, AYLWIN, DUVAL
and CARON, Justices.

GUGY, ... *Appellant*,
and
LARKIN, ... *Respondent*,

Held :—That an action cannot be maintained upon a promissory note, if it be proved that it was given, and the proceeds thereof were applied, to bribe the electors of a county. Judgment of S. C. reversed.

Jugé :—Qu'une action fondée sur un billet promissoire ne peut être maintenue, s'il est prouvé que le billet a été donné, et le produit d'icelui employé, pour corrompre les électeurs d'un comté. Jugement de la C. S. infirmé.

Judgment rendered, the 12th January, 1857.

The facts of the case appear sufficiently from the judgment.

Sir L. H. LAFONTAINE, C. J. :—We have to render judgment in a case of a very peculiar nature; it is the case of Larkin, plaintiff, vs. Guky, defendant, in the court of original juris-

diction, and of Guky, appellant, and Larkin, respondent, before this court. It will possibly be seen, before long, that it is to be regretted, that the present action was ever instituted. However that may be, it is our duty to give judgment in the case, as in any other action brought before us, according to our interpretation of the law, and our appreciation of the facts, whatever may be the respective position of the parties, with respect to each other, and with respect to society in general.

The object of the action brought by Larkin against Guky, was to obtain payment of a sum of £150, amount of a certain note made and signed by Guky, payable to his order, and endorsed by him over to Larkin. This note bearing date the 31st of July, 1854, was made for value received.

Called upon to defend himself in this suit, the defendant, Guky, files a peremptory exception of great length and full of useless repetitions, in which he asserts that he cannot be obliged to pay the amount of his said note ; because, as he states, the cause for which it was made is illegal, immoral and one specially repudiated by the statute passed concerning the election of members of the Legislative Assembly. He alleges, among other things, that upon the occasion of the general election in 1854, he consented at the solicitation of the honorable Mr. Drummond, then Attorney General for Lower Canada, and one of the members of the Executive Council, to come forward as a candidate for the representation of the Eastern Division of the county of Missisquoi ; that to these solicitations, the plaintiff, Larkin, whose devotion to Mr. Drummond's designs was infinite, became a party ; that, yielding to these repeated solicitations, he, although suffering and sick, left his residence at Beauport, near the City of Quebec, to go to Montreal, and thence to the County of Missisquoi, where he arrived in company with Mr. Drummond ; that Mr. Drummond having guaranteed to him the success of his election

for the Eastern Division of the county of Missisquoi, and relying upon the faith of Mr. Drummond's promises, he, being urged so to do by Mr. Drummond, agreed to make the note in question in order to cover the necessary expenses to secure his return; that, lastly, Mr. Drummond and the Plaintiff were suffering from a strange illusion with respect to the amount of influence they believed themselves to possess; that he, the defendant, was not elected, and that his opponent came out of the contest successfully. Then, in this exception, the defendant, Gury, alleges and repeats in all possible forms that it was only at Mr. Drummond's solicitation that he made the promissory note in question, to authorise the plaintiff to incur expenses with a view of corrupting the electors, and this to secure the defendant's return, the said note being also given to guarantee to the plaintiff the reimbursement of this outlay; that in fact, such expenses were actually incurred by the plaintiff, in opposition to the provisions of the statute which prohibits such an act; that the said note had no other cause than the promise to reimburse the expenses thus incurred, as the defendant frequently states it, with the view of bribing the electors, and this, at the suggestion and with the knowledge of Mr. Drummond. It is evident that all the efforts of the defendant in this defence tend to throw upon Mr. Drummond the whole onus of the accusation of bribery which is the point at issue in this cause. I should, before I go any further remark, that it is not the business of this Court to look for the causes or motives which may have induced the defendant to present himself as a candidate, whether it be Mr. Drummond either by himself or by means of the plaintiff, or whether it be the defendant himself, who took the first step. However that may be, it can exercise no influence upon the judgment which we have to render upon the validity or invalidity of the promissory note which is the object of this action. What, moreover, have we to do with the assertion that before the defendant, Gury, could present himself as a candidate it was neces-

sary for him to abandon his views upon the principal question of the day, the seigniorial question? If the fact of taking the initiative as a candidate at this election could influence, in any way, the decision in this case, I should be inclined to say that it tends against the defendant, for, far from having proved what in this respect he attributes to Mr. Drummond there is, from the facts that appear in evidence, more reason to believe that it was he, the defendant, who solicited Mr. Drummond to use his influence in his favor in order to secure his return. For this influence, which was in fact promised, was nevertheless only obtained the evening before the election at Missisquoi, and then only upon the defendant promising to support Mr. Drummond on the seigniorial question. But again; what had the court of original jurisdiction to do with this question? What have we to do with it? All this is foreign to the question of the legality or illegality of the promissory note in question. It is very natural to believe that in the position which Mr. Drummond then occupied he may have desired that the result of the election should be to the advantage of Government measures in which he took a lively interest, and that, from his appreciation of the defendant's abilities, he may have wished him to obtain a seat in Parliament. But this wish of Mr. Drummond, however ardent it might be, can have no influence whatever upon our decision. The fact is that the contestation of Larkin's demand ought to have been confined within narrower limits. Was the sole cause of the making of the promissory note illegal advances made by Larkin at the election in question; that is to say, expenses incurred, as the defendant so often states in his exception, with the view of bribing the electors? All that long exception is summed up in the following extract, which I make it my duty to read.

"The defendant has never received from the plaintiff, nor from the said Lewis T. Drummond, nor from any other person whatever, any consideration or any value for the

" said promissory note, which was demanded and received,
 " on the one part, namely by the said Lewis T. Drummond
 " and the plaintiff, and given on the other part, by the de-
 " fendant, in the sole and only end of obtaining funds
 " which were to be, and which in fact were, employed by
 " the said Lewis T. Drummond and the said plaintiff, in
 " obtaining means of corruption, in giving sums of money,
 " presents and recompenses, with the intention of bribing
 " and obtaining by corruption and bribery the electors of
 " the said eastern division of the County of Missisquoi to
 " vote against the said James Moir Ferres, and in favor of
 " the present defendant, in opening and keeping open, and
 " causing to be opened and to be kept open, at their ex-
 " pense, houses of public entertainment for the reception
 " and the lodging of the said electors, and in giving money
 " to the said electors under the pretext of compensation
 " for their loss of time, and for their travelling expenses
 " when going to vote and returning therefrom, the whole in
 " direct opposition to law."

This is a very serious charge against Mr. Drummond.
 Nevertheless, the examination of the proceedings shows
 that it is not supported by any evidence produced by the
 defendant in the cause, with the exception of the defen-
 dant's own statement, and, under the circumstances, the
 defendant's oath could not be taken as sufficient proof to es-
 tablish this accusation. Such are the grounds of defence
 stated in the defendant's peremptory exception. Are these
 grounds of defence justified by the evidence? Certainly
 not, as far Mr. Drummond is concerned, unless the fact
 of the body of the promissory note in question having been
 written by Mr. Drummond be taken as such proof. This
 solitary circumstance could never of itself justify such an
 inference, particularly as it frequently occurs that elections
 cause an expenditure of money, without any view of cor-
 ruption or bribery, and not prohibited by law. It is not
 proved that Mr. Drummond had in view any other kind of

expenditure when the making of the promissory note in question was in contemplation. But is it so with the plaintiff who now claims the payment of the note? The court of original jurisdiction has decided this question in his favor, declaring that the defendant had not proved the facts stated in his exception. We are called upon to revise this judgment, and, unfortunately for the plaintiff, this court from its appreciation of the evidence has arrived at a different conclusion ; which conclusion has been adopted unanimously.

I read the evidence twice through, and I find it clearly stated that the cause for which the promissory note in question was made, was expenses incurred by the respondent in violation of the statute, and that in this respect, as far as regards the plaintiff, the defendant's exception is well founded. It is established by the evidence of the parties, evidence which is by far too long, and three fourths of which is of no utility whatever. It would also seem that the record has been needlessly incumbered with papers and documents foreign to the case. Their production, particularly that of one of these documents, is altogether improper and unjustifiable ; it should never have been allowed. The two Attorneys who appeared for the defendant allowed him to conduct the case, as is frequently done in such circumstances. But they were wrong in believing that in so doing they relieved themselves from all responsibility towards the court. This responsibility remains the same, and in future, members of the bar will do well not to lose sight of such responsibility.

Coming back to the principal question upon the merits of the defendant's exceptions, I cannot do otherwise than decide in favor of the defendant. It is true that the facts stated and proved with respect to Larkin, having taken place in violation of a prohibitory law respecting public order, are, as shewn in proof, shameful and disgraceful acts. Not only the defendant avows it openly, but the plaintiff

even thus qualifies them. As soon as the peremptory exception was produced he immediately, for this reason, made a motion praying that the said exception should be dismissed, *in limine*, alleging the rule "*allegans suam turpitudinem non est audiendus*." The Court of original jurisdiction very properly dismissed the motion. It is very true that, as a general rule, no person can plead his own immoral act; but there necessarily exists in certain cases an exception to this rule; otherwise, laws of the nature of the one in question would be without effect, and would be violated with impunity. The defendant then states that, under the circumstances, without doubt to satisfy the law which he, the plaintiff, had infringed, he has a right to set up his own misconduct, and thus to render the plaintiff the victim of the active part which he had taken in order to secure the defendant's election. For it was altogether in Gugsy's interest, and on the faith of his promise of reimbursement, that Larkin incurred the expense, which the defendant now charges him with as a criminal act. Nevertheless, although this may appear opposed to equity, it is so; the law exists, which allows the defendant to plead his own criminal act, and accordingly to make the exception which he has filed. It is his right, and he must be allowed to exercise it.

If the defendant had been elected, evidence of the facts that led to the making of the promissory note in question, would not only have caused his election to be declared null, but would have disqualified him from a seat in the Legislative Assembly during all that Parliament. As for us, it is simply a question of proof. Is the illegal act of which Larkin is accused established? This is all we have to inquire about. It is of course necessary to have such proof as will leave no doubt in our minds. This proof, according to our opinion, exists, and in consequence we have no other alternative than to declare the promissory note in question null and void. It is the first case of the kind which we

have had to decide, and it is to be hoped also that it will be the last.

CARON, Justice :—This cause presented great difficulties, and I would not deem that I had altogether fulfilled the duty which devolves upon me, if I did not declare that it is with repugnance I have come to a conclusion contrary to that adopted by the Court below.

Equity is in favour of the plaintiff, but the inflexible rule of law is with the defendant, and the duty of the Court is to give him the advantage of it.

To the demand of the respondent against the appellant, on a promissory note which forms the subject of this suit, the appellant pleaded two exceptions : by one he pretends that Mr. Drummond, then Attorney General, and with him the plaintiff, Larkin, his assistant and agent, had requested and solicited him, the defendant, to present himself as a candidate at the election which was soon to take place for one of the divisions of the County of Missisquoi ; that he, the defendant, having yielded to their solicitations, had agreed to make, and did deliver to Mr. Drummond the promissory note in question, upon the understanding that Mr. Drummond should cause him the defendant to be elected : that having presented himself, and having been unsuccessful in his election, the condition upon which the note was given, had not been accomplished, and consequently the note itself became null and payment of the same could not be enforced.

With respect to this exception it is well to state at once that the evidence adduced in the cause, does not in any way establish this alleged guarantee, but on the contrary it establishes the reverse, and thus it is useless to take further notice of this ground of defence.

In his other exception the defendant in substance alleges that it was agreed that the said promissory note so delivered by him, the defendant, to Mr. Drummond, was so delivered

at his request and solicitation, with the knowledge and at the demand of the plaintiff, in order to furnish the said plaintiff with funds to be used, and which in fact were used by the plaintiff, in defraying certain expenses prohibited by law, and in corrupting and bribing the electors of the county at the said election. That the said note passed out of Mr. Drummond's hands into those of the plaintiff, who converted it into cash and employed the proceeds to the above mentioned illegal ends.

No doubt that if this assertion be legally and sufficiently established by the evidence, it forms a good answer to the plaintiff's action and must cause it to be dismissed. It is then to the evidence that we must refer in order to see what will be the fate of the present suit.

After having examined the evidence with all due attention, I must say that I could only come to the conclusion that that portion of the defendant's plea had been established beyond a doubt. This proof I first find in the whole of the circumstances as established, and then in the direct testimony of many witnesses, who, according to me, clearly prove the illegality of the consideration for which the note was made, and the knowledge of the plaintiff and his participation in this act. The circumstances which are proved and to which I allude, are, that the note in question was given to Mr. Drummond on the evening preceding the election, in which he took a lively interest, which was not at all surprising in the position which he then filled; that this note made by the defendant, payable to his own order, and given by the defendant to Mr. Drummond without being indorsed, is afterwards delivered by Mr. Drummond to Mr. Larkin, with the defendant's endorsement. After accepting this note, the plaintiff is seen defraying the expenses of the defendant's election; and in the execution of this duty which he fulfils in the capacity of principal agent, he pays several sums of money, exceeding the amount of the promissory note, to different persons

in order to secure the defendant's election, and that for ends specially forbidden by law. The fact of these payments having been made by the plaintiff is not only established by witnesses examined in the cause, but also by a memorandum, written by the plaintiff himself, and which specifies that a sum exceeding two hundred pounds, currency, had been thus employed and paid away by the plaintiff or by his order and directions for objects that were illegal and forbidden by law; this memorandum is of great importance in the case, and goes far to establish (as some of the witnesses assert) that the plaintiff had charge of the money part of the concern at the defendant's election. The plaintiff too, does not deny the illegal payments of which he is accused; on the contrary, he admits them to be true, and admits also that for such acts he might be prosecuted and condemned in the penalties imposed by law in such cases, but he contends that there is a difference between exposing oneself to a penalty, and in participating in the illegalities which are said to mark the note in question, and which should cause it to be declared null.

It is incontestable that in every election there is a certain kind of expenditure which is indispensable and which is perfectly legal; it is equally true that there is nothing wrong in the fact of a person lending money to another whom he knows to be about to contest an election, although he may have reason to believe that this money, or part of it, will be used in obtaining illegal and forbidden ends. This person is not responsible for the use of the money which he has thus advanced, nor is he to be held answerable for the consequences of violations of the law caused by this money.

In this case if the respondent, in consequence of the note in question, had lent to the appellant the sum of £150, and had paid it to him, and if such money was afterwards, without any participation on his part, employed in an illegal manner, it would be unjust to pretend that the use made of the money would invalidate the promissory note.

But such is not the plaintiff's position. It does not appear that the money had been delivered to the defendant ; on the contrary, it is proved that all, or nearly all, the money expended at the election passed through the plaintiff's hands, and was paid by him. The presumption, then is, that the proceeds of the note were paid by the plaintiff in the same manner as the other monies which he paid.

If the proceeds of this note had been put to one side, and had been made to form a certain particular fund, to be scrupulously employed in defraying that expenditure which may be legally incurred at elections, (a supposition of very little probability,) under those circumstances, the *onus* of proving such a state of things would fall upon the plaintiff. The presumption is that the amount of the promissory note was laid out by the plaintiff in the same manner, and to obtain the same ends, as were the other monies which went through his hands.

The plaintiff has had ample opportunity afforded him to cause this presumption to cease, and to give all the necessary explanations. A long series of questions upon *facts et articles* were submitted to him, a number of them tending to draw acknowledgments from him, as to the means by which he had obtained the money which he had expended, as well as on the use which he made of the proceeds of the note in question. If he used these proceeds legally, nothing was more easy than for him to say so ; but instead of doing so, by answering directly the questions which have been submitted to him, his answers are almost all evasive and insufficient, so much so, that the inferior court correctly permitted the defendant to put supplementary questions to the plaintiff, to which he answered in a manner which is scarcely more satisfactory. From this the conclusion naturally is, that if the plaintiff could have said anything to his advantage he would have hastened to avail himself of the opportunity which was given to him, and that his answers are far from giving a favorable color to his case. But if

his presumption has not been rebutted by the plaintiff himself, it has, in fact, been converted into certainty by several depositions taken in the case, which establish directly, both the illegality of the consideration of the note, and the participation of the plaintiff in the causes of the illegality. The plaintiff cannot complain if on this point he be judged by what Mr. Drummond himself says on the subject, and who, when produced as a witness in the case, states in his evidence as follows :

“ The note was made by colonel Gagy for enabling Mr. Larkin to procure money by discounting the note, or to secure him should he spend his own money towards the expenses which unavoidably were to be incurred in the canvass about to be undertaken in favor of Colonel Gagy.” To Solomon Goreat the plaintiff said, “ to be prudent about the spending of the money he gave him because it was money that he furnished.” Larkin is also proved to have said to Nagle, a witness heard on his side, “ that the note has been given on account of the expenses.” From this proof it is evident that the defendant has established the principal allegations of his second exception, by proving that, not only was the note which formed the ground of the action, given and accepted for the object of raising funds to defray, expenses expressly forbidden by law, and declared criminal and punishable as such, but moreover, that this was done to the knowledge of the plaintiff, and with his consent and assistance, and that in so far he participated in the illegality of the note, and that this illegality may be justly imputed to him.

From these observations the conclusion to be drawn is that the note on which the action is founded being in its origin tainted with illegality, in which the plaintiff participated, it is as far as he is concerned null, and can give him no right of action. Such is the opinion unanimously entertained by this Court and on this opinion is based the judgment which is about to be pronounced, which by declaring the note null, dismisses the action of the plaintiff.

“The Court, after having heard the parties by their advocates, examined the record in the cause in the Court below, the reasons of appeal of the Appellant, and the answers thereto, and upon the whole maturely deliberated; Considering that the note on which the action in this cause is founded, and which bears date the thirty-first of July, one thousand eight hundred and fifty-four, made and signed by the Appellant, payable to his order and by him endorsed in favor of the Respondent, is alleged to have been made for value received, that nevertheless in his defence to the action submitted in the form of a peremptory exception, the Appellant has set up that the said note was not binding on him, that on the contrary it was null and of no effect, and ought so to be declared by the judgment to be rendered, alleging in substance in support of this pretension, that the real consideration for the said note was the expenditure of money by the Respondent on the occasion of the election of a member to represent in Parliament the Eastern Division of the County of Missisquoi, at which election, in the year one thousand eight hundred and fifty-four, the Appellant was a candidate, that this expenditure of money rendered illegal the cause mentioned in the said note, being made in violation of the express prohibition (enacted by the statute concerning elections) to have recourse to such expenditure with a view to corrupt the electors, and the said expenditure having been so made in order to gain the election of the Appellant, candidate as aforesaid; considering that it is established by the proof that, in fact, on the occasion of the said election for the Eastern Division for the County of Missisquoi, such expenditure of money was made by the Respondent for the said purpose; that this expenditure, and no other consideration, was the cause for which the said note was made, signed and endorsed by the Appellant; that consequently this cause is illegal, being repudiated by the aforesaid statute as one of the means of corruption against which its enactments are directed. Considering also that such means so employed constitute acts of turpitude on the part of the persons who

have participated in them; and that if on the one hand, the general rule be that no one ought to be admitted to invoke his own turpitude, on the other, it is equally true that there is an exception to this rule, above all, when, as in the present case, there is question of a prohibitory law touching public order, and as without such exception, laws of this nature would remain inoperative, and that consequently the Appellant ought to be permitted to avail himself of this exception, although in so doing he invokes his own turpitude, as it was with his consent and approbation, in his presence and to his knowledge, having been himself on the spot, that the Respondent spent the money aforesaid, and moreover, as the Respondent, who only made this expenditure to advance the interests of the Appellant, then a candidate as aforesaid at such election, must necessarily be the victim of this ground of defence : Considering that the allegations of the peremptory exception to the action, in so far as they refer only to the fact of the said expenditure of money by the Respondent, and by him alone, are established by the evidence adduced in this cause, and that consequently there is error in the judgment appealed from, in this, that the contrary is proved, and therefore the said peremptory exception is dismissed and the Appellant condemned to pay the Respondent the amount of the said note, the said judgment, to wit, the judgment rendered by the Superior Court sitting at Montreal on the twenty eighth day of June, one thousand eight hundred and fifty-six, is annulled, and this Court, proceeding to give that judgment which the said Superior Court ought to have rendered from the nature of the contestation and the facts established by the proof, such as these facts have been here above stated, declares illegal, null and of no effect the said note of the thirty-first of July, one thousand eight hundred and fifty-four, and in so far dismisses the action of the Respondent, Plaintiff in the Court of original jurisdiction, against the Appellant, but without costs to the Appellant, either of this Court or of the Superior Court, as each party should bear in a cause of this nature his own costs incurred in both Courts."

“ And whereas certain papers or documents, although having no bearing on the contestation in this cause, and consequently incapable of having any influence on the decision to be given, have nevertheless been introduced into the record on the part of the appellant in a very improper manner, and without any justification, and as the introduction of these papers or documents, especially that (No. 65 of the record in appeal) which goes to charge the respondent with an offence of a very grave nature, although it does not appear that this accusation has been followed up before the tribunal before which it ought to have been brought, is the more reprehensible as it shews a forgetfulness of the respect which is due to the administration of justice, as, though these documents were declared by the judge presiding at the *enquête* inadmissible as part of the proof, the said Judge ought not to have ordered that the said document should remain on the record, in order that the appellant might avail himself of it, if he thought proper, to appeal from the decision of the assistant judge, as on the contrary, he ought not, to have permitted the introduction of the said document: and considering also, that the superior court, should, by its judgment, have suppressed all the said papers or documents so improperly introduced, which, nevertheless, it omitted to do; this court proceeding to render the judgment which the said superior court ought to have pronounced in this behalf, declares that it suppresses, and in fact, does remove by these proceedings, for the above mentioned reasons, the said papers or documents, to wit:—first, the paper or document, (paper No 51, of the record in appeal,) dated Quebec, sixteenth of september, one thousand eight hundred and fifty-four, and signed “A. Guky,” introduced into this cause, as being a petition of the appellant, to the Legislative Assembly, for the purpose of contesting the election of James Moir Ferres, Esquire, to represent in parliament, the said Eastern division of the county of Missisquoi; 2nd, the paper or document, (paper No. 65, of the record in appeal,) being the

copy of an information dated the fifteenth of March, one thousand eight hundred and fifty-one, which had been presented by Frederick Griffin, Esquire, advocate, in his quality of syndic, to the batonnier and members of the bar of Lower Canada, section of the district of Montreal, against H. J. Larkin, the respondent in this cause, the said copy signed "Pominville," secretary. 3rdly. two printed papets or documents (papers 79 and 80 of the record in appeal) introduced into the cause as being copies of two petitions presented; the one to the Legislative Assembly and the other to the Legislative Council, on the part of Bartholemew Conrad Augustus Gagy, Esq, Seigneur of Grand-Pré, &c., &c., and lastly, it is ordered that the record be remitted to the superior court sitting at Montreal."

PAPIN and LAFRENAÏE, for Appellant.

McKAY and AUSTIN, for Respondant.

QUEEN'S BENCH,
APPEAL SIDE.

{ DISTRICT OF QUÉBEC.

Before :—Sir L. H. LaFontaine, Baronet, Chief-Justice,
AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

FAHEY, *et al.*, ... *Plaintiffs, Appellants.*
and

JACKSON, *et al.*, ... *Defendants, Respondents.*

Fahey, *et al.*, bricklayers and masons, having undertaken to make certain masonry, under a written agreement, for Jackson & Co., on the Quebec and Richmond Railroad; and having, during the progress of the work, been employed with their men at some extra work, by the day, brought an action against Jackson and Co., and produced their brother as a witness to prove such extra work, and, upon objection, the evidence of the witness was declared inadmissible by Parkin, Assistant-Judge. This ruling was not submitted to the Court for revision. Subsequently, Jackson & Co., attempted to prove by parol evidence, payment of such extra work, and, after objection, the evidence was allowed to be taken *de bene esse*, Stuart O. Assistant-Judge, presiding at *enquête*. Eventually the action of Fahey, *et al.*, was dismissed, and the case having been carried into appeal :—

Held :—That the case was of a commercial nature and parol evidence admissible, and that the judgment of the Court below ought to be reversed, as also the ruling of Parkin, Assistant-Judge, although that ruling had not been submitted to the revision of the Court below; and the case sent back to examine the witness, whose evidence had been refused.

Fahey, *et al.*, maçons, ayant entrepris, en vertu d'un contrat, la confection de certains ouvrages en maçonnerie, pour Jackson et Cie., sur le Chemin de Fer de Québec et Richmond; et ayant pendant le progrès des dits ouvrages, été employés avec leurs hommes à d'autres ouvrages à la journée, instituèrent une action contre Jackson et Cie., et produisirent leur frère comme témoin, pour prouver les ouvrages non compris au contrat, et sur objection, le témoignage de cet individu fut déclaré inadmissible par Parkin, Juge-Assistant. Cette décision ne fut pas soumise à la révision de la Cour. Subséquentement, Jackson et Cie., voulurent prouver par témoins, le paiement de ces ouvrages, et, sur objection, ce témoignage fut admis *de bene esse*, par Stuart O., Juge-Assistant, qui présidait à l'enquête. Par ce jugement final l'action fut renvoyée, et un appel ayant été interjeté de ce jugement—il fut :—

Jugé :—Que la cause était de nature commerciale, et que la preuve orale étant admissible, le jugement du tribunal de première instance devait être infirmé ainsi que la décision de Parkin, Juge-Assistant, bien que, cette décision n'eût pas été soumise à la révision de la Cour Supérieure; et la cause renvoyée au tribunal de première instance pour l'examen du témoin dont on avait rejeté le témoignage.

Judgment rendered the 17th January, 1857.

The action of the appellants, plaintiffs in the Court below, contained two distinct heads of demand: 1^o. Payment for the value of certain works performed under a notarial contract, these works valued at the sum of £1100; 2^o. Payment of certain extra works mentioned in an account produced by the plaintiffs, containing twelve different items, these extra works valued at the sum of £458 10s. making the amount demanded £1558 10s.

The bill of particulars of the plaintiffs, was as follows :—

JACKSON, BRASSEY, PETO AND BETTS TO THOMAS AND BERNARD
FAHEY.

	Nos.	Dr.
To 2200 cubic yards of masonry in culverts and bridges at 10s. per yard, according to contract of 31st May, 1853.....	1	£1100 0 0
To day work—quarrying stones, taking out founda- tions, making temporary roads, pumping water &c., viz :—		
From May 25 to } To 206 days laborers at 5s. per day.	2	51 10 0
July 7, 1853. } “ 78 “ masons at 10s. “ “	3	39 0 0
From July 7 to } To 74½ days laborers at 5s.....	4	18 12 6
August 15, 1853. } “ 69½ “ masons at 10s.....	5	34 15 0
From Augt. 15 to } To 57 days laborers at 5s.....	6	14 5 0
Dec. 23, 1853. } “ 28 “ masons at 10s.....	7	14 0 0
From May 10 to } To 117½ days laborers at 5s.....	8	29 7 6
August 22, 1854. } “ 164 “ masons at 10s.....	9	82 0 0
To superintending work, during the above period.....	10	50 0 0
To time lost, 200 days at 10s.....	11	100 0 0
To 1 chimney built at Bécancour bridge.....	12	5 0 0
To 2 chimneys built Methot's Mill Station for blacks- miths' forges during the above period.....	13	20 0 0
		£1558 10 0

To this action the respondents pleaded that they never had
been indebted to the appellants, except in the following
sums :—

1o. Under the contract,.....	£960 10
2o. For extra work,.....	162 5
3o. For masonry, rebuilt,.....	7 10
	£1130 5

Which sum the respondents alleged they had well and
duly paid to the appellants, with this plea of payment, the
respondents filed the following statement :—

Dr.

THOMAS FAHEY *et al.*

1853.			Nos.			
June 1	—To cash on account of Foundations, day bill..	1	10	0	0	
" 4	do Masonry.....	2	5	0	0	
" 25	do do.....	3	25	0	0	
" 29	do do.....	4	10	0	0	
July 9	do Foundations.....	5	40	10	0	
" 9	do Masonry.....	6	50	0	0	
" 23	do do.....	7	5	0	0	
Aug. 6	do Day bill.....	8	53	7	6	
" 6	do Masonry.....	9	150	0	0	
" 20	do Day bill (chimnies) 10	10	21	15	0	
Sept. 3	do Day bill.....	11	6	10	0	
" 3	do Masonry.....	12	100	0	0	
" 17	do Day bill.....	13	10	0	0	
" "	do Masonry.....	14	100	0	0	
Oct. 15	do do.....	15	40	0	0	
Nov. 12	do do.....	16	20	0	0	
" 26	do do.....	17	30	0	0	
1854.						
June 21	do do.....	18	50	0	0	
May 18	do do.....	19	40	0	0	
" 31	do do.....	20	30	0	0	
June 23	do do.....	21	90	0	0	
" "	do Day bill.....	22	14	10	0	
July 22	do Masonry.....	23	125	0	0	
Aug. 19	do do.....	24	73	0	0	
" "	do Day bill.....	25	4	10	0	
Sept. 16	do Masonry.....	26	25	0	0	
" "	do Day bill.....	27	1	2	6	
Total.....			£1,130 5 0			

CONTRA

Cr.

1853 & 1854.—By Masonry in Culverts and Bridges as follows, cubic yds, rate :

In Culverts between Stations, 1300 & 1845...	416	at 10s.
" Station House at Methot's Mills.....	63½	"
" Great Duchêne, Bridge Abutments.....	299½	"
" Little Duchêne, Entire.....	315	"
" Chevreuil Bridge.....	367	"
" Bécancour do.....	460	"

Total cubic yards.....	1,921 at 10s.	£960 10 0
By Sundry Days work as per receipts, bills, &c.....	162	5 0
Add Masonry altered and rebuilt, cubic yards 15 at 10s ..	7	10 0
Total.....	£1130 5 0	

The case submitted to the Court below, it will be seen from the above statement, was a case involving no question of law, and was a mere question of fact as to the quantity of work done by the appellants, and the amount of money paid by the respondents; and the Court below, by its judgment, dismissing the action of the appellants, adjudged that no more work had been done by the appellants than what had been admitted by the respondents, and that for that work the appellants had been paid; however, at the argument in the Court below, the Counsel for the plaintiffs in that Court complained that the defendants had proved three of their payments by parol evidence, after a decision permitting them so to do, rendered in Chambers by Stuart, Asst.-Judge, while on a former occasion, they, the plaintiffs, had been deprived of the testimony of their brother upon the ground of relationship, and that the case was not of a commercial nature, under a decision in Chambers by Parkin, Assistant-Judge.

To this objection the defendants replied that this decision ought to have been submitted to the revision of the Court, and that unless such revision was demanded, the plaintiffs must be held to have acquiesced in that decision, and that the Court could not, without a special application at the hearing of the case, reform the decision; that when Mr. Justice Stuart admitted parol evidence, as in a commercial case, at a subsequent period, the plaintiffs were duly notified of a difference of opinion on the bench in relation to the matter in question, and ought to have moved for a revision of Mr. Justice Parkin's ruling, and be thus enabled to bring back their witness, which they had not done; although they had moved to re-examine one of their witnesses, (one McCann,) in rebuttal, which was granted them, but of which permission they never availed themselves. (1)

(1) In the case of *Wrigley vs. Tucker* in the Superior Court at Montreal, Held: That when an objection has been taken at *enquête* and maintained, and the opposing attorney has proceeded with the examination of the witnesses and the deposition has been closed without any reserve, the Court will not afterwards entertain a motion to revise the ruling of the judge at *enquête*. 3 L. C. Rep. 89.

The judgment in the Court below is as follows, and was rendered by Bowen, Chief-Justice, Meredith and Badgley, Justices.

The Court doth consider and adjudge that the present action of the plaintiffs be, and the same is hereby, hence dismissed—with costs to the defendants and against the plaintiffs.

From this judgment the plaintiff, in the court below, brought their appeal.

The reasons of appeal are as follows :—

2. The Appellants, in this cause, reserving to themselves the right of alleging, at any time hereafter, the insufficiency and the defects of the record, and of the return made to the writ of appeal, and of making all motions and using all legal means in order to remedy all such insufficiencies and defects ; reserving also the right of alleging, if found necessary, all other and new reasons of appeal, do hereby by their present reasons of appeal allege, that the orders, judgments and proceedings had in the court below, in the cause now appealed from, and more especially the final judgment rendered in the said cause, on the 19th day of April last, are irregular, erroneous and unjust, inasmuch as they have been rendered against the present appellants, whereas the said judgment ought to have been rendered in their favor and against the said respondents.

10. Because the judgment of the Court below, rendered on the nineteenth of April last, dismissing the action of the appellants with cost, is illegal and unjust, and that according to law and to the evidence, a judgment should have been rendered, condemning the respondents to pay to the appellants the sum of three hundred pounds currency, with interest and cost.

20. Because the appellants, plaintiffs in the Court below, have proved the allegations of their *demande* sufficiently to obtain, if not the entire amount thereof, at least a portion of the said amount.

30. Because the evidence adduced by the appellants in the Court below, is the legal evidence of several witnesses not related to the said appellants, not interested, and competent in every respect.

40. Because the defendants have not proved the allegations of their defence.

50. Because the plaintiffs in the Court below, the present appellants, have been prevented from examining as a witness one of their most material witnesses, namely, one Patrick Fahey, on the ground that the said witness was related to the appellants, and that the said cause was not of a commercial nature, and this, on an objection raised by the defendants in the Court below, the present respondents, which said objection was maintained and thereupon this case was adjudicated upon, without any opportunity being afforded the appellants of supplying the deficiency caused by the rejection of such evidence.

60. Because without giving the same advantage to the plaintiffs, the present appellants, the Court, by its final judgment considered the proof by one single witness of the facts alleged by the defence, as sufficient upon the question of the payments.

70. Because the Court has not taken into consideration the evidence adduced by the plaintiffs of the value of the works performed by them for the defendants, apart from those undertaken by and under the contract mentioned in the demand before the Court below ;

80. Because the appellants have established in the Court below the value of the time lost during the execution of

their undertaking, by the fault of the respondents, and that, nevertheless, the Court below has refused to adjudge any part thereof against the respondents.

Because the final judgment of the Court below has not been *motivé* as the law requires that it should be.

The answers to these reasons of appeal were general.

The following abstract of the appellants' case, and of the argument at the hearing, will show their pretensions.

On the 31st May, 1853, the appellants entered into a contract with MM. Jackson, Brassey, Peto and Betts, whereby they bound themselves to perform the masonry of several bridges on the line of railroad between Quebec and Richmond. By the contract, it was agreed that the appellants would furnish only the manual labour to perform the rubble masonry, at the rate of two dollars per cubic yard; on their part, Jackson & Co. engaged to supply all the materials on the spot, to clear away the place and to dig the foundations necessary for the construction of the masonry.

In the year 1853, the appellants went on the premises together with a sufficient number of men, for the purpose of fulfilling their contract.

Instead of having cleared the spot and carried the materials on the premises where the work had to be performed, Jackson, Brassey, Peto and Betts had altogether failed to do so; and the appellants and the masons and labourers in their service were employed, at the request of the agents of the respondents, Jackson & Co., in extracting the stone from the neighbouring quarries, carrying the same on the premises, opening the roads, clearing the ground and digging the foundations.

All these formed the extra works, or works not comprised in the contract, which the appellants have performed for the

respondents, and were necessary for the construction of the masonry.

In the course of the summer of 1853, the respondents undertook to mark the extra day's work of each man, by means of their superintendents and clerks, and on pay lists or monthly check-sheets kept by the respondents, and the appellants could ascertain the amount of work performed in virtue of the contract, and of those that had been executed apart therefrom. The delay in furnishing the materials prevented the works from being completed in 1853. In 1854, the appellants continued to employ a portion of their men in carrying the materials, and in performing other works not specially contracted for, believing that the whole would be marked as in the previous year; but at the expiration of the year 1854, they perceived that orders had been given to omit entering in the monthly pay lists the extra day's work of the year 1854; so that the appellants were in danger of being deprived of the payment of their day's work in 1854, and also of the means of proving correctly the number of the day's work. In consequence of this, the appellants refused to continue the work under the same system in 1855, and on the 9th June, 1855, they brought their action against the respondents to recover what was due them.

Under those circumstances, having themselves kept no account, and not knowing in what form the receipts taken by the respondents to Jackson & Co., had been given thought it was better to bring an action for the full amount of their demand, having to resort to the clerks of the respondents in order to prove the same. The respondents have suffered nothing vexatious from these proceedings, because a single witness, common to both parties, the Company's Engineer, George Johnson, has established the number of feet of the work performed under contract, and that point has not been and is not now discussed.

The injustice whereof the appellants complain, lies in the fact that they have not been paid for their day's work, es-

pecially of that performed in 1854, and also for the superintendence of the said extra works, and for the time lost for that purpose ; the Court below has refused to acknowledge the claims of the appellants on this head.

The appellants have therefore instituted their action, claiming 13 items, the 7 first whereof are compensated by the payments, less £30, imputing those payments on the works of 1853 ; but as regards the six last items, the appellants submit that they have proved those items of their account, but have been allowed nothing for the same.

A fact worthy of remark is, that the respondents have refused and omitted to produce before the Court the pay lists, or check sheets, of the year 1854, from May to September, during which time this extra day's work was performed, although the appellants have summoned the clerks of the respondents for that purpose, but they have been either unable or unwilling to produce them.

The two pay lists produced for 1854, are those for February and March, but are not for the period of time during which the appellants claim day's work apart from their contract, namely:—from the 10th May to the 22nd August, 1854. How can we explain the reasons why the check sheets or pay lists for the months of May, June, July and August, 1854, have not been produced ? Is it not only because they would have shewn evidently the number of extra day's work performed by the appellants ? Cannot this be presumed, since the pay lists produced for the same months of the year 1853, establish the number of day's work of the appellants to an amount exceeding the number of days claimed by them ?

As in the present case nothing but questions of fact arise, and as the evidence adduced is rather lengthy, the appellants think it their duty to call the attention of the Court to the nature of the evidence.

The appellants have furnished the best possible evidence in the circumstances under which they found themselves.

They are called upon to execute works in a new locality, sometimes in the middle of the forest, under the control of a powerful company, and of a host of devoted clerks. They are assured that the time of their men employed at extra works shall be paid them, as also the time for superintending the same, and that lost for that purpose, and it is only by the aid of those clerks that they could have obtained a detailed statement of the number of days given, each month, for the account of the defendants. Nevertheless, the appellants have sufficiently established their claim, and especially the number of extra day's work in 1854.

It now becomes necessary to speak of the receipts produced ; these receipts are all made and written in the handwriting of David Johnston, in 1853.

Sometimes they are on account of the day's work, and sometimes on account of the masonry. In 1854, there is not a single receipt on account of day's work, they are all on account of masonry, except that of the 21st January, 1854, which is on account of day's work.

The last receipt bearing date 16th September, 1854, is not in full, but on account, there still then remained a balance due.

The witness David Johnston, proves three payments on account of day's work in 1854, but there is no receipt whatever ; the appellants examined on "*faits et articles*," by the respondents, swear positively that they have not received those amounts ; and in referring to the testimony of David Johnston, it is impossible to render a satisfactory account of those payments.

Those payments besides are proved only by a single witness. If this cause be of a commercial nature, the evidence

is sufficient ; but it is necessary that this only witness should prove the fact explicitly, which he does not. If this cause is considered to be of a commercial nature, the appellants have been unjustly deprived of a witness, Patrick Fahey, on the ground that he was the brother of the appellants, by a decision at the *enquête*; and this testimony was of great importance, because the men employed by the appellants, and who could have served as witnesses, are strangers who generally work on railroads and who are absent.

To show what little confidence can be placed in the testimony of David Johnston, it is well to observe that he avoids swearing to the number of day's work ; he only states : " It is £163 10s., as near as I can recollect," but he does not give any detail of the number of day's work, nor of the date thereof.

These amounts must not be made to depend on the memory of only one man who had, during the same time, to superintend the works on a length of twenty-one miles, but on what was set down in the check sheets. The witness Johnston admits that the latter are against his pretensions, and he wishes to set aside the books of his masters kept under their control.

If the testimony is properly weighed, what is the conclusion to be come to ? On the one hand, we have, the witness McCann, who has been during fourteen years in the service of the respondents, as their clerk, and against whose character nothing has been said, who rests his evidence upon the entries in the books, and other disinterested witnesses ; and on the other hand, the witness David Johnston, who is still sub-contractor, of the respondents, and under their control, and is moreover indirectly interested in the matter.

Therefore, the appellants submit that the judgment of the Court below is erroneous, and that instead of having dismis-

sed their action, the Court ought to have condemned the respondents to pay them the sum of £316 7s. 6d., namely :

Balance of work in 1853,.....	£30 0 0
For the 8th, 9th, 10th, 11th, 12 and 13th last items,	286 7 6
	£316 7 6

Amount which they have duly proved.

The pretensions of the respondents are also made to appear by the following abstract of their case and of the argument at the final hearing.

The payments Nos. 1, 5, 8, 10, 11, 13, 22, 25 and 27, mentioned in the statement filed by the respondents, relate to the extra or day's work admitted by them; the other items of this statement relate to the payments for the work done under the contract; it is agreed between the parties that the contract work must be reduced to the sum of £960 10, together with the sum of £7 10, for masonry rebuilt, making altogether the sum of £967 10,—which has been paid.

The whole difficulty, then, between the parties is as to the extra or day's work.

The respondents pretend that this extra or day's work amount only to the sum of £162 5s., which they allege they have paid.

George Johnston, a witness of the respondents, proves the quantity of work done under the contract: he has measured it himself. David Johnston, another witness of the respondents, proves all the payments for contract work and day's work, to the amount admitted by the respondents, by written receipts which he produces, except as to the payments Nos. 22, 25 and 27, amounting to £20 2s. 6d., which payments relate to day's work, and for which he states no receipts were taken for reasons explained in his evidence; but this witness states positively that he has a personal knowledge of these payments.

The payments Nos. 5 and 6, in relation to which this witness produces accounts and receipts, relate to the items Nos. 2 and 3 of the bill of particulars of the appellants for £90 10s. charged as extra work, but of this sum £50 are for contract work, as was admitted by the appellants; the cause of this error being clearly explained by the witness.

The payment No. 8 covers the items Nos. 1, 4 and 5 in the appellants' bill of particulars, and the payments Nos. 1, 11, 13, 22, 25 and 27 cover the items Nos. 6, 7, 8 and 9 of the same bill; which are for extra work, and which are not proved beyond the payments made by the respondents.

The items Nos. 10 and 11 in the appellants' bill are for superintending work and for loss of time, as to the first item (No. 10,) the appellants were bound to superintend the works done under the contract, and as to the day's work, it is proved by the same David Johnston, that they were paid the highest wages,—the item No. 11, is without foundation, no time was lost, for when the appellants were not furnished with work under the contract, they and their men were employed at day's work and paid accordingly, and upon those occasions when it is proved they stopped working, it is also proved that they did so to attend their own business in Quebec.

James Phillips, another witness of the respondents proves that the appellants lost no time, that materials were always furnished them as required, and that they abandoned the work of their own accord, promising that it would be resumed at a later period, which promise was never executed; by a letter of the appellants, it is admitted that they are unable to complete the works undertaken, and by a second letter they request the agent of the respondents to furnish them with a statement of their accounts; as already stated, David, Johnston says positively that the day's work performed were included in the extras; and when cross-examined, he does

not contradict this statement as is pretended by the appellants, but explains that their names do not specifically appear on the check sheets, and that their wages are included under the general charge for extra work for the week ; the amount of extra works was established by accounts or statements furnished by the appellants themselves from time to time ; George Johnston, another witness of the respondents, states that the appellants lost so little time that no value can be affixed to the time so lost.—It is to be observed that during the progress of the works, the appellants never complained that they were made to lose time. The payments made on account of extra works are those mentioned under the Nos. 5, 6, 8, 10 and 11 of the statement of the respondents, and proved by accounts furnished by the appellants and by receipts signed by them ; the payments Nos. 1 and 13 are for extra work of which there are receipts, but no account, and the payments Nos. 22, 25 and 27 are for extra work of which there are neither accounts nor receipts ; these payments are established by parol evidence, to wit : by the evidence of David Johnston : it is shewn that these payments were made under particular circumstances arising in consequence of directions received from England to take no receipts for day's work, which order was adhered to but for a short time, and was productive of great inconvenience in practice."

There is no proof of the items Nos. 12 and 13 in the appellant's bill beyond the sum of £21 15s., which is admitted by the respondents and proved by them to have been paid.

The principal witness of the appellants is a person of the name of McCann, a former clerk of the respondents, who had no personal knowledge of the work done ; this witness testifies as to fraudulent alterations in the ledger, the rectification made therein concerning the £50 above mentioned, set down as extra, instead of being charged for works mentioned in the contract, which rectification was made by consent of the

plaintiffs : McCann had made his entries from the check sheet of the 7th July, 1853, which was erroneous. Besides David Johnston explains that those check sheets which indiscriminately comprised the works by contract as well as the extras, could not be used for making accounts ; they could serve to indicate approximatively the quantity of works performed, so as to regulate the advances to be made.

The witnesses David Thompson and Atwill, prove nothing beyond the admissions of the defendants ; they refer to cut stone, dressing of stone, as extras, whilst the contracts, specifications and evidence clearly show that that work was a portion of the contract.

Higman and Turner speak of works done for chimnies ; but it is proved that these works have been paid.

The judgment is as follows :—

Seeing that the present case is one which, properly, belonged to the *jurisdiction consulaire*, and does not come under the provisions of the ordinance of 1667, which excluded the testimony of persons related to the parties, seeing that on the eleventh day of September, 1855, Patrick Fahey was adduced as a witness on the part of the appellants, and that his competency was objected to by the respondents on the ground of relationship to the appellants, and the objection was sustained by the honorable Judge who presided at the *enquête* ; seeing that the order, in this respect, was made contrary to the rule of evidence, which properly governs this case, and that in this respect, in the judgment of the Court below, which adopted the said ruling and proceeded upon the assumption that the evidence of the said Patrick Fahey was inadmissible, there is error :—

The Court now here doth reverse, annul and set aside the judgment now under revision, namely : the judgment of the Superior Court sitting at Quebec, rendered on the 19th day of April, 1856, and proceeding to render such judgment as the Court below ought to have rendered :—

It is considered and adjudged that the record be remitted to the said Court, to the end and effect that the evidence of the said Patrick Fahey be taken and reduced to writing, that thereupon, and with the other evidence of record, such final judgment be given, as to law may appertain in the premises; and lastly, it is ordered that the respondents do pay to the appellants the costs by them sustained in this behalf.

TESSIER, for Appellant.

LELIÈVRE and ANGERS, for Respondents.

COUR SUPÉRIEURE.—QUÉBEC.

Présents : BOWEN, Juge-en-chef, MEREDITH et MORIN, Juges.

No. 1191.	{	TÊTU,.....	Demandeur.
		vs.	
		MARTIN,.....	Défenderesse.
		et	
	{	LA SOCIÉTÉ DE CONSTRUCTION DE	
		QUÉBEC,.....	Opposante.

Jugé :—Que sur les deniers provenant de la vente d'un bail emphytéotique, le propriétaire du canon emphytéotique, ne peut en réclamer les arrérages au préjudice d'un créancier de l'emphytéote qui a enregistré sa créance avant lui.

Held :—That upon the proceeds of the sale of a long lease, (*Bail Emphytéotique*) the lessor cannot claim arrears due in virtue of such lease to the prejudice of a creditor of the lessee who has duly registered before him.

Jugement rendu, le 3 février, 1857.

Le demandeur avait fait vendre sur la défenderesse, le reste du terme qui restait à courir d'un bail emphytéotique de quatre vingt dix neuf années, et les deniers provenant de cette vente étaient réclamés par divers opposants. Le demandeur réclamait une somme considérable pour arrérages du bail emphytéotique, et un capital pour la rente à venir, mais son acte, passé avant la mise en opération de l'ordonnance du bureau d'enregistrement, n'avait été enregistré qu'en 1852, tandis qu'une obligation consentie par la

défenderesse en faveur de la Société de Construction de Québec, en date du 30 octobre, 1850, hypothéquant la propriété par elle tenue à titre de bail emphytéotique, avait été enregistrée le 31 octobre, 1850.

Le protonotaire, dans son projet de distribution, avait colloqué la Société de Construction, en préférence au demandeur, prétendant que son enregistrement lui donnait un droit de priorité ;—le demandeur contesta ce projet, premièrement, sur le principe que les droits qu'il réclamait étaient par leur nature des droits de propriété immobilière, non sujets à l'enregistrement, et secondement, sur le principe que les rentes foncières de cette nature sont spécialement exemptées de la formalité de l'enregistrement.

L'extrait suivant de cette contestation fera comprendre les prétentions du demandeur.

“ Parceque les droits réclamés par le demandeur, opposant, sont de la nature de droits de propriété immobilière qui subsistent indépendamment de l'enregistrement ; parceque les droits réclamés par le demandeur, opposant, sont par leur nature exempt de la formalité de l'enregistrement.

A l'appui de cette prétention le demandeur cita les autorités et décisions mentionnées dans la note ci-jointe (1).

De la part de la Société de Construction, l'on soutenait que, quant aux arrérages réclamés par le demandeur, ce n'était après tout qu'une somme de deniers, dont le paiement était assuré au moyen d'un acte sujet à enregistrement, sui-

(1) 1 Dec. B. C. p. 47, *Labrègue vs. Boucher* :—2 Dec. B. C. p. 196, *Nadeau vs. Dumont*, 4e Vict. ch. 30, sect. 2 et 4 :—Merlin, Répertoire, vbo. Emphytéose, § 2, 3, et 4 :—Pepin LeHalleur, Histoire de l'Emphytéose, p. 249, § 2, définit l'emphytéose comme suit : L'emphytéose est un contrat *sui generis*, tenant du bail à rente foncière par lequel la propriété est divisée entre le preneur et le bailleur, le domaine direct ou nue propriété, et le domaine utile ou usufruit :—Idem, page 219, Notion de l'Emphytéose en Droit Français. Paragraphe 5, page 256. Du bail à rente foncière. Idem, page 281, paragraphe 7, page 287, paragraphe 8. et page suivante, page 294. Étendue de l'emphytéose temporaire, page 300, Nature immobilière du canon emphytéotique :—Merlin, Question de droit, vbo. Emphytéose. § 7, dit : La rente emphytéotique sous l'ancien droit français est un droit foncier et immobilier, exclu à ce titre de la communauté légale, susceptible de saisie immobilière et d'hypothèque, et partant non sujet à la formalité d'enregistrement.

vant les dispositions de la 4e Vic. chap. 30, sec. 4. Quant au capital pour la rente à venir, l'on soutenait qu'il ne devait pas être payé sur le produit de la vente du bail emphytéotique, mais bien par l'adjudicataire, en supposant qu'il y fût tenu, sans qu'il y eût une opposition afin de charge. (1)

Il y avait en outre une contestation d'une collocation de Burroughs, réclamant en vertu de l'hypothèque générale créée par un bail, antérieur à l'ordonnance de la 4e Vict. chap. 30, dûment enregistré. Cette réclamation et celle de la Société de Construction, sont maintenues au préjudice du demandeur.

MEREDITH, Justice :—The principal question in this case is, whether rents established by emphyteotic leases (*baux emphytéotiques*), executed before the registry ordinance came into force, were required to be registered by that law.

This question although one of much importance, does not, I must say, present much difficulty to my mind. The registry ordinance did not require the registration of conveyances (*actes translatifs de propriété*) made before that law came into operation; but in terms as plain and as imperative as any that could have been used, it did require the registration of every instrument in writing in force when the law came into effect, whereby any debt or sum of money was stipulated or secured, and whereby any real estate was charged and incumbered for the payment of such debt or sum of money. (2) Applying these plain rules to the present case, we hold that in so far as the *Bail*

(1) Nous renvoyons à la cause de Méthot, vs. O'Callaghan, et Lampson, opposant, rapportée au second volume des Décisions des Tribunaux du Bas-Canada, page 331 : où une question de cette nature a été jugée. Le sommaire de cette cause est comme suit :

Jugé :—Que la vente de ce qui reste à courir d'un bail emphytéotique, désigné comme tel dans l'avertissement du shérif, impose à l'adjudicataire l'obligation de payer le canon emphytéotique, quoique cela ne soit pas expressément dit dans cet avertissement et quoiqu'il n'y ait pas d'opposition afin de charge à cet effet; et conséquemment, que le créancier, à qui est dû cette rente ou canon emphytéotique, ne peut pas demander à se faire indemniser à même le prix de l'adjudication, sous le prétexte que sa rente et ses autres droits, résultant du bail, sont perdus, parce qu'il n'a pas fait d'opposition afin de charge.

(2) 4 Vict., cap. 30, sec. 4.

emphytéotique in question operated as a conveyance, the registration of it was not necessary, but that as regards that part of it by which a debt was created, and real estate charged for the payment of that debt, registration was necessary as against subsequent hypothecary creditors for valuable consideration.

The learned Counsel for the creditor contesting the report of distribution, drew our attention to several Judgments of this court upon questions arising out of the registry ordinance; but none of those judgments are opposed to the opinion which we now express; indeed the observations made by the judges in *Nadeau vs Dumont*, 2. L. C. Rep, p. 196. would suffice to explain the present Judgment. In that case, we held that the marriage contract, upon which the claim of the opposant Dumont was founded, had had the effect of vesting the half of certain real estate in one Marie Leclair, the mother of the opposant, and that as a conveyance of real estate, *acte translatif de propriété*, passed before the registry law came into effect, it was not subject to the formality of registration. In the present case, the emphyteotic lease now under consideration is not relied on by the contesting creditor as having *vested real estate in him*; on the contrary it *conveyed real estate from him*, and *created in his favor a certain rent*, secured by privilege upon the real estate alienated; and for the preservation of the debt so created, and of the privilege attached to it, we hold that registration of the emphyteotic lease in question was necessary.

It is in vain for the creditor contesting the report to say, as has been said, that his rights "*sont de la nature de droits de propriété immobilière*," without stopping to define the exact nature of a rent payable under an emphyteotic lease, it is sufficient for us to see, that the contesting creditor claims a sum of money, secured by privilege upon real estate, under a deed executed before the registry law came into effect; and with a knowledge of this fact we can have no

doubt that under the 4th section of the registry ordinance the claim of the contesting creditor ought to have been registered. In this case, the parties have also been heard upon the contestation of the collocation in favor of the opposant Edward Burroughs, and in our opinion, the objection to his claim has no foundation in law. The facts are as follows: Miss. Martin, the defendant, by a notarial instrument dated 23 May, 1836, leased a certain emplacement from M. Burroughs for 5 years, counting from 1st May, 1836. By a deed styled an extension of lease dated the 8 Sept. 1838, the lease of the 23 May, 1836, was extended for five years, M. Burroughs agreeing on his part to build on the leased premises a school-room which was to cost £100, and Miss Martin agreeing on her part to repay to M. Burroughs the sum so to be expended by him, by ten equal annual instalments: afterwards by a deed bearing date the 30 January, 1841, the deed of lease which had been extended as already mentioned was resiliated; one of the conditions of the deed of resiliation being that, notwithstanding the resiliation of the lease, Miss Martin should remain bound to refund to Burroughs the balance remaining unpaid of the sum of £100 expended by him in building a school-room for her. This balance to wit: £60, is the sum for which Burroughs is collocated, and on the part of the contesting creditor it is contended that M. Burroughs had no legal claim against Miss Martin for that sum: we cannot however adopt this view; the resiliation of the lease, must, in the absence of any proof to the contrary, be held to have been a good consideration for the agreement on the part of Miss Martin to pay the balance of £60, and as that agreement has not been impugned on the ground of error or fraud, we cannot do otherwise than treat it as valid in all respects.

As to the costs I would allow the plaintiff his full costs, exclusive of the contestation, by privilege.

MORIN, Juge: Je concours dans l'opinion exprimée par mon honorable confrère, et adoptée par la cour. J'estime

que les arrérages de rentes dus en vertu d'un bail emphytéotique, doivent être enregistrés, même à l'encontre d'un créancier hypothécaire du preneur, qui aurait enregistré. Il est bien vrai que, dans l'ancien droit français, le canon emphytéotique était réputé être de nature immobilière, comme l'était aussi la rente constituée : c'étaient des immeubles fictifs ou incorporels. L'on a pas prétendu que la rente constituée fût exempte d'être enregistrée, il en doit être de même du canon emphytéotique, qui tombe dans la même catégorie de biens. La propriété seule foncière et réelle n'a pas besoin, pour être conservée, de la formalité de l'enregistrement, pourvu que le droit de propriété soit accompagné de la possession. Dans les décisions citées, il s'est toujours agi de la propriété foncière et réelle, et jamais de somme de deniers réputés immeubles par fiction. La contestation de Têtu est déboutée avec dépens.

LELIEVRE et ANGERS, pour Têtu.

DELAGRAVE, pour Burroughs.

ALLEYN, pour la Société de Construction.

TESSIER, Conseil.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before BOWEN, C. J., MEREDITH and BADGLEY, Justices.

No. 2108.	{	BEAUDOIN,.....	<i>Plaintiff.</i>
			vs.
	{	DALMASSE,.....	<i>Defendant.</i>

Held :—That an action on a promissory note, in which are included general counts for goods sold and delivered, will not be dismissed on a plea of prescription of five years, if on the general counts, the original consideration be proved, and that in such case an unpaid promissory note is no payment.

Jugé :—Qu'une action fondée sur un billet promissoire, qui contient des allégués généraux pour marchandises vendues et livrées, ne doit pas être déboutée sur un plaidoyer de prescription de cinq ans, si, sur les allégués généraux, la cause originale du billet est prouvée et que dans tel cas, un billet promissoire non payé n'est pas véritablement un paiement.

Judgment rendered the 7th March, 1857.

In this cause, the plaintiff had brought an action upon a promissory note, dated upwards of five years before the

institution of the action. The plaintiffs' declaration contained the general counts for goods sold and delivered. To this action, the defendant pleaded the five years prescription against promissory notes, under the 12th Vict. Cap. 22; but did not plead the six years prescription, or *non assumpsit infra sex annos*, under the statute of limitation.

The plaintiff examined the defendant upon *faits et articles* who, in substance, admitted that the note had been given by him for goods previously sold and delivered by the plaintiff, but that he paid for the same by means of the said promissory note. At the hearing, two questions arose: 1o. could the plaintiff succeed on his general counts for goods sold and delivered, independently of the note; 2o. was not his claim for goods sold and delivered extinguished by means of the said promissory note?

Per curiam. The plaintiff having introduced, in his declaration, the general counts for goods sold and delivered, had a right to go to proof upon the same, notwithstanding the plea of prescription relating to the promissory note, which plea does not cover that part of the declaration. The defendant cannot pretend that the debt of the plaintiff is extinguished by payment, in as much as, in ordinary cases, the taking of a promissory note does not operate a novation, and will not extinguish the original debt, unless it be paid.

Bossé, for plaintiff.

CASALTY and LANGLOIS, for defendant.

BANC DE LA REINE, } DISTRICT DE MONTREAL.
 EN APPEL.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., juge-en-chef, DUVAL,
 CARON et BADGLEY, Juges.

LAMOTHE *et al.*, ... Appelants.
 et

FONTAINE dite BIENVENU.... }
 et Intimés.
 P. A. TALON dit LESPERANCE, }

Jugé :—1o. Qu'il n'est pas dû de lods sur la résiliation d'une donation qui n'a pas eu son exécution parfaite.

2o. Que le défaut de signification du transport ne peut rendre le cessionnaire non recevable à produire opposition afin de conserver pour recouvrer le montant transporté.

Held :—1o. That no lods are due on the resiliation of a deed of donation which had not its perfect execution.

2o. That the want of service (*signification*) of an assignment cannot deprive the assignee of his right to file an opposition *afin de conserver* to recover the debt assigned.

Jugement rendu le 10 mars, 1857.

Les immeubles de P. A. Talon dit Lespérance ayant été décrétés à la poursuite de Dame Julie Fontaine dite Bienvenu, sa femme, et les deniers rapportés devant la Cour, les appelants produisirent, le 1 février, 1856, une opposition afin de conserver, réclamant en vertu d'un transport à eux fait par A. E. Kierzkowski, le 25 juillet, 1855, devant notaires, de tous les arrérages de droits seigneuriaux dûs à ce dernier, diverses sommes de deniers, savoir :

1o. £50 11 9½ pour lods et ventes accrus sur une donation à charge onéreuse d'une des terres vendues en cette cause, par Lespérance et sa femme à un nommé Mathias Augé et sa femme, le 30 octobre, 1854, les charges de la donation étant évaluées, pour 10 ans, à £523 15, plus £83 6 8, montant d'une obligation passée le même jour, que les opposants alléguaient être partie du prix de la donation.

2o. Même somme de £50 11 9½ pour lods accrus sur la résiliation des deux actes, effectuée entre les parties à iceux, le 1 mars, 1855.

3o. £2 10 payés par les opposants pour expéditions des dits actes.

Par l'ordre de distribution préparé dans la cause, les opposants furent colloqués par privilège pour le montant de toutes ces sommes, formant un total de £103 13 9½ courant, et les dépens d'opposition. L'espérance, le défendeur, contesta cette collocation, niant que l'obligation fût partie du prix de la donation; qu'il fût dû des lods, excepté sur la donation, mais pour une somme moindre que celle réclamée, l'estimation des opposants étant exagérée, le dit Mathias Augé ayant d'ailleurs été accepté comme débiteur personnel par le dit Kierzkowski, qui en avait reçu 400 livres, somme suffisante pour payer les droits accrus sur la dite vente; ajoutant qu'il n'en pouvait être dû sur la résiliation, vu que la donation n'avait pas reçu une exécution suffisante, et que Kierzkowski était seul créancier des droits qui pouvaient être dus sur la donation, en autant que le transport plus haut mentionné n'avait jamais été signifié.

L'espérance admit plus tard que les 400 francs avaient été payés sur une autre dette.

Il ne restait que deux questions; la première, quant à l'ouverture aux droits seigneuriaux sur l'acte de résiliation, et la seconde, quant au droit des opposants de recouvrer sans avoir fait signifier leur transport. (1)

La Cour Supérieure rendit le jugement qui suit :

“ Considering that it doth not appear that any signification hath been made or given, as by law required, of the assignment, *transport*, in the said opposition set forth, by reason whereof and by law, the said opposants Pierre La-mothe and Edmund Barnard became and were the creditors and owners of the debt and sums of money by their said opposition alleged to be due, maintaining the said

(1) Autorités citées par l'intimé :—1 Bourjon, p. 466, no. XI;—Guyot, vo. Transport, p. 286;—Anc. Denisart, vbo. Transport, no. 4, 5;—Pothier, Propriété, no. 215; idem, Vente, no. 554;—1 Pigeau, p. 646;—7 Toullier, nos. 127, 286 et 392. Autorités des appelants :—2 Ferrière, Grand Cout. p. 127, no. 8; p. 132, no. 29;—2 Duvergier, Vente, nos. 182, 183, 185;—2 Tropiong, Vente, no. 302;—Dallez, Dict. vbo. Transport, nos. 84-5-6;—Art. 1699 du Code Napoléon;—Art. 2613 et suiv. Code de la Louisiane.

"contestation, doth dismiss the said opposition with
"costs."

Tel est le jugement dont est appel.

Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., juge-en-chef, *Dissentiente* :—
Il n'y a pas de différence d'opinion sur la question de lods et ventes, il n'en est pas dû sur la résiliation, mais seulement sur la donation. Mais ces lods sont dûs par l'acquéreur personnellement, et L'espérance n'en peut être tenu qu'hypothécairement. Les appelants en cette cause n'ayant pas signifié leur transport, la question qui s'élève est de savoir, s'ils auraient pu porter une action hypothécaire pour le recouvrement de ces lods. Il a été décidé dans plusieurs causes où j'étais concerné, et notamment dans celle de Lacroix vs. Bingham et Larocque, que cela ne pouvait se faire. Il est bien vrai que la jurisprudence générale est que l'action, lorsqu'elle est dirigée contre le débiteur personnel, est censée une signification suffisante du transport ; il ne peut s'élever de difficulté que quant aux dépens. Ces décisions, je les crois exactes en principe et j'y adhère. En conséquence, je n'hésiterais pas à débouter une action hypothécaire portée par les appelants. Mais y a-t-il quelque différence entre l'action et l'opposition ? sur ce point, il pourrait y avoir des doutes ; pour moi je n'y vois pas de différence. On veut regarder l'opposition comme un acte conservatoire ; je conçois qu'il y a des cas où l'on peut la considérer comme tel, lorsque le cessionnaire n'a pu avoir le temps ou l'occasion de faire signifier le transport ; c'est ce que les appelants ne peuvent invoquer, car il s'est écoulé plus d'un an entre le transport et l'enfilure de l'opposition. Il faut remarquer que sur l'action hypothécaire, le défendeur aurait eu la faculté d'appeler en garantie le débiteur personnel des lods et ventes réclamés, tandis que si l'opposition est admise, elle aura un effet bien plus prompt et plus désavantageux au détenteur, le saisi ; j'appliquerais donc au cas actuel le principe que j'ai énoncé plus haut quant à l'action hypothécaire, et ne puis concourir dans le jugement qui va être rendu.

DUVAL, juge :— Deux questions s'élèvent ici : 1o. Y a-t-il lieu à doubles lods, sur la donation et sur la résiliation ; 2o. Un cessionnaire qui n'a pas signifié son transport peut-il faire acte conservatoire. Sur la première, il n'y a pas de doute, et il suffit sur ce point de référer à Fonmaur no. 714, et au 5 vol. de Pothier, pp. 165, 6, 8. Quant à la seconde question, la majorité de la Cour est d'opinion que le cessionnaire le peut. Suivant les autorités sous le droit français un créancier conditionnel, et qui aurait encore quelque chose à faire pour la perfection de son titre, peut faire acte conservatoire, en demandant un sursis pour l'accomplissement de ce qui est requis pour parfaire son droit. Quelle différence y a-t-il, que l'opposition soit faite par A. B, le cédant, ou par C. D., le cessionnaire, quant au détenteur ou saisi ? Cela ne peut aucunement affecter celui qui a droit à une garantie ; il a toujours son recours contre son garant. Mais, dit-on, les appelants ici sont *in mora*, il y a eu négligence de leur part, puisqu'ils ont été douze mois sans signifier leur transport, cela n'affecte pas le principe, et ne pourrait affecter que les frais. Nous disons donc que l'opposition est bien fondée comme acte conservatoire, mais seulement pour les lods accrus sur la donation. Quant aux frais, comme le contestant en cour de première instance succombe, il devra supporter les dépens.

CARON, Juge :— Les autorités sont positives quant aux lods sous les circonstances de cette cause. Mais il est un point sur lequel il n'a rien été dit, et que je ne puis passer sous silence ; c'est le mode de supputer le principal d'une rente viagère. Ici on a établi ce capital en prenant dix ans de la rente évaluée en argent. Je pense que ce mode ne peut être adopté. Cette estimation doit se faire en prenant en considération toutes les circonstances de chaque cas particulier, et si les parties ne s'entendent pas sur l'évaluation, il faut avoir recours à des experts. Dans le cas actuel, il n'y a pas eu de contestation sur la manière d'arriver à l'appréciation du capital, nous n'y touchons conséquemment

pas. Je suis d'avis, comme l'honorable président de la Cour qu'une action hypothécaire ne pourrait être portée dans les circonstances, et j'adopte comme bonne jurisprudence les précédents qu'il a cités. A défaut de signification, le cessionnaire n'est pas saisi, et le droit ne lui est pas acquis. J'irais même plus loin, car je révoque en doute la justesse de la jurisprudence quant à la validité de l'action, même contre le débiteur personnel. En examinant l'article 108 de la Coutume, ses dispositions me paraissent contraires à cette jurisprudence, car elles requièrent même que copie soit baillée. Mais dans l'espèce que nous avons devant nous, ce que nous décidons ici, c'est que l'opposition par les cessionnaires actuels, les appelants, est un acte conservatoire, qu'il leur était légal de faire. Il est vrai que les lods et ventes accordés ne sont dûs qu'hypothécairement sur l'immeuble vendu ; mais le décret devait faire disparaître tous les droits hypothécaires, et priver les cessionnaires de ceux qui leur avaient été transportés ; c'était bien le cas d'agir pour conserver ces droits, et le seul procédé était l'opposition afin de conserver. Nous ne sommes pas appelés ici à dire si les appelants devront adopter quel-qu'autre procédé, pour compléter leur droit de toucher les deniers. Le jugement de la Cour de première instance est donc erroné et doit être infirmé.

BADGLEY, Juge :—Je diffère d'opinion d'avec mon savant collègue qui vient de parler, quant au droit d'action du cessionnaire. Il est à remarquer ici que la poursuite était par la femme contre son mari pour exécuter la séparation de biens qu'elle a obtenue contre lui. Parmi les immeubles saisis s'en trouve un qui avait été donné par eux à un nommé Augé et sa femme par l'acte de donation en question. La résiliation de cette donation a remis le mari en possession de l'immeuble, comme si la donation n'avait jamais eu lieu, et c'est ce même terrain qui est ensuite saisi et vendu sur le mari. Les seigneurs transportent aux appelants leurs droits de lods et ventes dus sur cette donation.

Par l'article de la Coutume, il est dit que les lods et ventes se poursuivent par simple action contre la terre. Si une action eût été portée ici, elle l'eût été contre le défendeur, comme s'il n'avait jamais été dénant de la terre, et cependant c'est lui qui élève ici la contestation. C'est le droit du seigneur qui est réclaté, et le jugement aurait été rendu contre lui. A quoi eût servi de lui signifier le transport, puisqu'il avait été partie aux actes mêmes qui avaient donné lieu aux lods réclatés. Les opposants avaient donc droit de demander et recouvrer sur leur opposition les lods sur la donation, que nous établissons à £42 17 6, et l'ordre de distribution devra être réformé en conséquence.

Le jugement est comme suit :—

The Court etc., considering that the demand and claim of the opposants in this cause filed, in and by their opposition *afin de conserver*, to be collocated upon the proceeds of the sale of the real estates of the said respondent, are of a *conservatory* character, and could be legally exercised by the said appellants previous to and without *signification de transport*, signification of the assignment to the said appellants in the pleadings in this cause mentioned ; and considering that there is error in that respect in the judgment rendered in this cause by the Superior Court, at Montreal, on the 30th day of May last ; doth reverse the said judgment, and this Court proceeding to give the judgment, which the Court below ought to have given in the premises, considering that the appellants can only claim *lods et ventes* under the deed of donation in this cause filed, and bearing date the 30th day of october, 1854, and not under the deed of *résiliation* thereof, in this cause filed and bearing date the 1st March, 1855, doth order and adjudge that the said report of collocation and distribution in this cause be amended and reformed by reducing the amount of the collocation of the said appellants to the sum of £42 17 6, being for *lods et ventes* under the said deed of donation, no objection having been raised to the mode of ascertaining

the capital sum upon which the said *lods et ventes* were established, the whole with costs against the said respondent, as well of the contestation in the Superior Court as in this Court. (L'Hon. Sir L. H. LaFontaine, Bt., Juge-en-Chef, *dissentiente*). (1)

W. BOVEY, pour les Appelants.

DOUTRE et DAoust, pour l'Intimé.

SUPERIOR COURT.—MONTREAL.

Before SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

No. 445. { BREARTEE, *et al.*, ... *Plaintiffs*.
VS.
{ HOOKER, *et al.*, ... *Defendants*.

Held:—That a common carrier by water, has a lien upon every portion of the goods carried, for the payment of the whole freight due by the owner or consignee of the goods, and that a tender by owner of the freight of each load, as discharged and loaded on a cart, is insufficient.

Jugé:—Qu'il y a un droit de rétention sur l'ensemble de marchandises transportées par eau, pour le paiement du fret dû par le propriétaire ou consignataire de ces marchandises, et que l'offre faite par le propriétaire du fret de chaque charge de voiture, au fur et à mesure qu'elles sont enlevées, est insuffisante.

Judgment rendered the 27th February, 1857.

This was an action of revendication, brought against the defendants as common carriers, setting up an agreement to transport 134 barrels of water-lime belonging to plaintiffs, from Oswego to Montreal, for a freight of 1s. 6d. per barrel, payable at the due delivery of the lime;—the arrival of the lime at the port of Montreal, on the 31st July, 1856; the delivery of 55 barrels, according to the custom of merchants and the trade in that behalf, and the defendants' refusal to allow the remainder to be taken away, until the freight of the whole quantity was first paid; a tender of the freight of the 55

(1) Autre liste d'autorités citées par les appelants.—Sur doubles lods:—Gayot, Réport. *ve lods et ventes*;—Henrion de Pensey sur Dumoulin, tit. 3. Quint, p. 169, édit de 1773;—No. 779 Bingham *et ux* vs. Gauthier, 20 juin 1840, Montréal.—Sur signification:—Troplong, *vente*, no. 900;—2 Duvergier, no. 208 *et suiv.*;—Lacombe, *vo. Transport*;—1 Despeisses, p. 17;—Deslaurière, *Cout. de Paris*, art. 118;—L. O. Reports. p. 239, Martin *et Côté*;—Troplong, *vente*, no. 893.—2 Davigier, no. 206. 204.

barrels, and a demand by plaintiffs for the delivery of the remainder, with an offer to pay freight on each cart load of lime, so soon as each cart was loaded. By their declaration, plaintiffs prayed *acte* of the tender and deposit of the freight for the 55 barrels, and for process of revendication, and further that the plaintiffs be declared proprietors of the lime, and that defendants be condemned to deliver the 79 barrels, on the plaintiffs paying freight thereon, at the rate of 1s. 6d. per barrel, on each cart load, as loaded and ready for delivery, and for £5 damages.

The defendants pleaded that they had a right of *lien*, by law and by the usage and custom of the port of Montreal, upon each barrel for the freight of the whole quantity, and denied the usage set up by the plaintiffs, and offered to deliver the 79 barrels, on payment of £10 1s. freight, and prayed that no judgment be rendered ordering the defendants to deliver, unless on payment of that sum and costs. Also, a *défense au fonds en fait*. General answer and replication.

SMITH, Justice :—The plaintiffs in this cause issued a writ of revendication for a quantity of lime conveyed by the defendants as common carriers to this port. They admit having received part of the lime, for which they tender payment at the rate of freight agreed upon, and offer to pay the freight of the remaining barrels, as they are loaded on carts, ready for delivery. The pretension of the defendants is, that they have a *lien* on each barrel for the freight of the whole cargo, and that they are not bound to deliver a part of the cargo without payment of the whole freight. Both parties admit the *lieu* but the question is at the sufficiency of the tender as made. The Court is with the defendants on this point. They are not bound to deliver without payment: the contract to transport is a contract to carry the whole, and they are not bound to deliver, until the whole freight is paid. (Holt on shipping, p. 476.) A good deal of evidence has been adduced as to what is the usage of the port in this respect; but it is unnecessary to consider such evidence, for such a usage, even if esta

blished by any number of witnesses, would be a usage against law, and could not be sustained by the Court. (4 Campbell, 103.) The plaintiffs are declared proprietors of the lime, and will obtain it on payment of freight, and they must be condemned also to pay the costs of the action.

Judgment : "Considering that the plaintiffs have established that they are proprietors of the 79 barrels of water-lime claimed in and by their present action, but considering that they have failed to establish their right in law to be put in possession of the said 79 barrels of water-lime, without payment to the defendants of the freight due and accruing on the carriage of the said goods, from the port of Oswego, in the United States, to the port of Montreal, to wit : of the sum of £10 1s., for which sum the defendants have a right in law to retain and hold in their possession the said 79 barrels of water-lime, doth maintain the exception of the defendants with costs, and doth order the said defendants to deliver up the said 79 barrels on payment of £10 1s. freight, plaintiffs to pay costs of action.

BETHUNE and DUNKIN, for Plaintiffs.

ROSE and MONK, for Defendants.

DISTRICT OF QUEBEC.

Before POWER, Circuit-Judge.

Ex parte—MAGUIRE, ... *Petitioner.*

Held:—That a prisoner, confined in gaol upon a charge of capital felony, may be admitted to bail after the finding of a *true bill* by the Grand Jury, if, upon reading the depositions against him, these depositions are found to create but a very slight suspicion of the prisoner's guilt.

Jugé:—Qu'un prisonnier, détenu en prison sous une accusation de félonie capitale pourra être admis à caution, même après un rapport de *true bill* par le Grand Jury, si après lecture des dépositions contre lui, ces dépositions n'établissent que de faibles présomptions de la culpabilité du prisonnier.

Judgment rendered the 19th February, 1857.

The prisoner being confined in gaol upon a charge of arson, setting fire to a dwelling house, some person being therein, presented a petition for the benefit of the writ of

habeas corpus, and to be admitted to bail, alleging that he had applied for his trial, but was refused it, at the last session of the Court of Queen's Bench; that he was ready to give bail of the best description, and to any amount; that there was no sufficient evidence against him to warrant his detention; moreover, that by the 16th section of the *Habeas Corpus Ordinance*, 24 Geo. III, cap. 1, it was provided, "that after the sessions are ended, any person or persons detained in any common gaol, may have his, her or their release under *habeas corpus*, according to the direction and intention of this Ordinance."

STUART, A., Q. C., resisted the application, stating that the finding of a *true bill* against the prisoner was conclusive against his right to be admitted to bail; that two of the Judges of the Queen's Bench, having the highest criminal jurisdiction, had refused the same application, a few days before; and that it would be inconsistent with the comity existing among the Judges, if the application were now granted by another, particularly by a Circuit-Judge exercising only an inferior jurisdiction.

POPE, R., of Counsel for the petitioner, stated that two of the Judges of the Court of Queen's Bench expressed their opinions that the evidence in the depositions was not sufficient to procure a conviction, and said that if the Solicitor General gave his consent they would admit the prisoner to bail, but that as the Grand Jury had found the bill they would not do it without the Solicitor General's consent, which consent was refused them.

CAMPBELL, JR. A., likewise applied for a writ of *habeas corpus*, to admit to bail Lewine, and others, also detained in gaol upon a charge of arson, upon the ground that they had been ready to stand their trial at the last session of the Queen's Bench.

ROSS, D. Sol. Genl. now appeared and opposed the application. He stated that the finding of the bill by the

Grand Jury was a bar to the admission to bail ; he argued, that the Judge should not be guided by the depositions, because the evidence given before the Grand Jury is secret, and they might have received other evidence than that which was contained in the depositions, and which the Judge could not know. He, therefore, resisted the application, because he sincerely believed the prisoners were guilty, and his refusal to admit them to bail was a duty he owed the public. This observation applied to both cases.

POWER, Circuit-Judge :—If I could, without shrinking from the performance of a duty, I would gladly avoid acting on this occasion ; but there can be no evasion in a matter of *habeas corpus*, and I am bound to act in despite of all feelings of courtesy or amenity. The law has invested me in this respect with the same power as it has the other Judges, whom I respect, and I cannot recognize any thing like subordination amongst Judges, because it would be destructive of that independence of mind so necessary to the proper exercise of the judicial functions.

It is laid down as law by the most distinguished Judges in England, that the principle upon which a party committed to take his trial for an offence may be bailed, is founded chiefly upon the legal probability of his appearing to take his trial ; that such probability does not, in contemplation of law, exist when a crime is of the highest magnitude, the evidence in support of the charge strong, and the punishment the highest known to the law. In such case, a Judge will not interfere to admit to bail ; but when either of these ingredients is wanting, the judge has a discretion which he will exercise.

This seems to me to be sound doctrine, because no amount or description of bail can be declared sufficient to secure the appearance of a party against whom these three circumstances combine.

Before I apply the test, whether the parties ought to be bailed, to the cases before me, such as the Judges in England apply to similar cases, I must answer the objection made to my looking into the depositions, which, it was said, the finding of the bills by the Grand Jury had precluded.

The finding of the Grand Jury has, no doubt, great weight in the question of admitting to bail, but it is not conclusive as to the prisoner's right to bail. It is only an accusation founded upon the evidence, and which obliges the prisoner to stand his trial, but it goes no further, and deprives him of no right, and the finding is carried into effect and the obligation acquitted by the appearance of the accused to undergo his trial. I refer now particularly to Maguire's case. It is said the Grand Jury might have, in this case, examined other evidence than what is found in the written depositions. I have read all those depositions carefully, and they create but a very slight suspicion of the prisoner's guilt; indeed I am persuaded that, to most minds, they would raise not even a suspicion of crime, and the names of the witnesses on the back of the indictment are the same names as those in the depositions wherein all the facts in relation to the charge are circumstantially and minutely detailed. I will not, therefore, presume, in a case involving personal liberty, that these witnesses have contradicted before the Grand Jury their written depositions before the Magistrate, or that other witnesses, having escaped the known vigilance and zeal of the prosecuting officers and magistrates, found their way into the Grand Jury room. I do not, however, doubt the sincerity of the prosecuting officers in believing that the prisoner is really guilty, but as it is a belief that can only result from a perusal of the evidence, they must pardon me when I say that minds equally well trained to the investigation of truth will differ in this case in opinion with them;—nor do I doubt that the Grand Jury acted most conscientiously in finding a true bill, but error will occasionally prevail, and my own experience convinces me that Grana

Juries will sometimes find bills upon the slightest evidence, and Petit Jurors will also sometimes give verdicts contrary to very clear and credible proof, and to the opinion of the Judge. I have had occasion, more than once, with a view of promoting confidence in the administration of justice, and rendering punishment for crime more certain, to charge Grand Juries on this subject. (1)

Judges themselves will occasionally differ in opinion, but if there be any one more than another case, in which the Judge is bound to act independently, and upon his own conscientious conviction, it is in the case of a writ of *habeas corpus*.

It is admitted that two of the Judges of the Queen's Bench agreed to admit Maguire to bail, provided the Solicitor-General would give his consent; my opinion is, if Maguire has a right to be bailed, and I am convinced he has, his liberty cannot depend on the consent of the Solicitor-General, because the very object of the writ is to secure the liberty of the subject against the arbitrary will of any person seeking to infringe it. I shall, therefore, admit him to bail, independently of the disapprobation of the Crown Officers on the one side, and of popular clamour on the other; for I am opposed to the practice, in doubtful cases of crime, of punishing a man first, and trying him afterwards.

(1) Extract from a charge delivered by Judge Power to the Grand Jury at the July Quarter Session of the Peace, 1856.

"In most cases where the trial results in an acquittal, it is difficult to escape from the inference that the indictment was either improperly found by the Grand Jury, or else improperly decided by the Petit Jury. I do believe, however, that one half of this imperfection may be ascribed to the rash and inconsiderate manner in which indictments have been found. The Grand Jury who ably officiated at the last session, the April session of this Court, and to whom I had the honor of making observations similar to those I now address you, returned fourteen *true bills*, upon which, fourteen trials took place, and on each of these trials, with the exception of three, a verdict of guilty was rendered by the trial Jury. This circumstance shows that the imperfection to which I have alluded may be greatly remedied by proper precaution on the part of the Grand Jury, and trials for crime become more certain in their result * * * * * It fits sometimes happened that indictments were returned "*true bills*," which inflicting on innocent persons all the anxiety and injury incident to a pending prosecution, were, in the result, found to be unsupported by proof, and wholly groundless."

I wish it to be clearly understood that I apply equally to the cases of Lewine *et al*, and Maguire, the same test prescribed by the Judges in England, to ascertain whether it is probable they will appear to take their trial. This test consists of the answers to three general questions by which I must be governed, namely :

1st. What is the nature of the crime, is it grave or trifling? Ans. A capital felony.

2nd. What is the nature of the evidence to be offered by the prosecution, and the probability of a conviction? Ans. In Maguire's case, very slight evidence, and therefore no probability of a conviction. In the case of Lewine *et al*, very strong and positive evidence of an accomplice, which, if believed by the jury, and not rebutted, would produce conviction.

3rd. Are the prisoners liable to severe punishment. Ans. Yes,—death.

Tried by this test, the three ingredients combine against Lewine *et al*, to preclude their right to be admitted to bail, whilst in Maguire's case, the absence of an essential ingredient authorizes his enlargement upon giving bail.

POPE, R., for Maguire.

STUART, A., Q. C., for the Crown.

ROSS, D., Sol. Genl., also for the Crown.

CAMPBELL, jr., A., for Lewine *et al*.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
APPEAL SIDE.

**Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief-Justice, AYLWIN,
 DUVAL and CARON, Justices.**

JETTÉ,..... Appellant.

and

CHOQUETTE,..... Respondent.

Held:—1. That an inspector of roads and bridges is a public officer, and is entitled under the 14 and 15 Vic. c. 54, to a month's notice of action when sued in damages, for acts within the scope of his duty.

2. That although he acted under an informal by-law and *procès-verbal*, yet inasmuch as he acted in good faith, and with relation to his public duty, he is entitled to such notice.

Jugé:—1. Qu'un inspecteur de clôtures et fossés est un officier public, qui a droit, en vertu de la 14^e et 15^e Viot., ch. 54, à un mois d'avis d'une action en dommages pour acte fait par lui, dans les attributions de son office.

2. Que quoiqu'il ait agi en vertu d'un règlement et *procès-verbal* illégaux, néanmoins comme il a agi avec bonne foi, et dans l'exercice de ses devoirs publics, il a droit à tel avis.

Judgment rendered the 12th March, 1857.

The appellant brought his action against the respondent for £75 damages, incurred by the respondents having, in May, 1853, illegally and in abuse of his then quality of inspector of roads and bridges, caused a road to be opened across the appellant's land in the parish of St. Grégoire. The defendant pleaded that he acted in good faith, in the execution of certain by-laws of the Municipal Council of the county of Rouville, which ordered the road in question to be opened; and further that as a public officer he was entitled to a month's notice of action, under the 14 and 15 Vic. c. 54, sect. 2 and 9. The plaintiff, in a special answer, invoked a variety of reasons shewing the nullity of the by-laws, and prayed that they be set aside. It is unnecessary to enter into these reasons, as both parties admitted that the original by-law of the 12th March, 1849, had been declared null by the Court of Queen's Bench, by a judgment rendered on the 12th May, 1856, in the case of *Esinhart vs McQuillan*, and because the judgment appealed from was rendered solely on want of the month's notice.

The appellant's counsel contended :

1. That the statute did not extend the requirement of notice to any parties not entitled to notice previous to the act ; that notice was intended to be given simply to parties acting judicially, or under their authority and to Custom-House officers.

2. That even, if the act could be extended to the defendant, as inspector of roads and ditches, the defendant was bound to prove that he acted in good faith, and had failed to do so.

3. That the by-law imposed no obligation on the defendant to cause the road to be opened, but that by law such duty devolved upon the deputy Grand Voyer ; (1) and that in any case, it was not the duty of the inspector himself to act, but of the Sous-Voyers. (2)

4. That the action was not for *voie de fait* simply, but was an action *négaloire*, concluding that it be declared that defendant had no right to open the road on appellant's land, and that he be forbidden to pass for the future. (3)

The respondent relied on the following points :

1. That the irregularities in the by-law and *procès-verbal* were not so patent as to deprive the respondent of a legal justification, or at least of excuse for carrying them into effect.

2. That the appellant had not alleged bad faith or malice on the part of the respondent, but had admitted he acted as a public officer.

3. That the appellant had not proved malice, or bad faith, or any protest, or warning to respondent.

(1) 10 & 11 Vict., c. 7, sect. 25.

(2) 36 Geo. 3, c. 9, sects. 24, 22, 25 and 26.

(3) As to when notice can be insisted on, *Copeland vs. Powell*, 1 Brig., 369 ;—*Weller vs. Toode*, 9 East., 364 ;—*Morgan vs. Palmer*, 2 Bo. Crisp., 734 and 737 ;—*Coole vs. Leonard*, 6 do., 351 and 353 ;—*Norton vs. Miller*, 3 Chitty Rep., 140 ;—*Hopkins vs. Crane*, 7 Car. and P., 373, 5 Queen's B. Rep., 747.

4. That the respondent having acted in his quality of public officer, and not having received notice or warning, no action of damages for *trespass* would lie against him.

AYLWIN, Justice :—There is no similarity between this case and the case of Esinhart and McQuillan. Here the respondent was a public officer called on to carry out a *procès-verbal*, which was a nullity. He acted in good faith, and with relation to the duties of his office, after the usual notices at the church door. He received no notice of action, and this is sufficient to secure the rejection of this appeal and the confirmation of the judgment rendered in the Court below.

DUVAL, Justice :—In McQuillan's case, this Court held that no notice of action was necessary, because the parties were not public officers. The respondent in this case was a public officer, and proceeded to open the road only after he was threatened with being proceeded against by the parties interested in the road.

CARON, Justice :—An attempt was made in McQuillan's case to prove that the parties were acting under orders, but it failed, and the contrary was proved. Here the respondent erred in attempting to carry an informal by-law, *procès-verbal*, into operation, but his good faith is established, and this brings him within the protection of the statute.

CHERRIER, DORION and DORION, for Appellant.

R & G. LAFLAMME, for Respondent.

BANC DE LA REINE, } DISTRICT DE MONTREAL.
 EN APPEL.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Juge-en-Chef,
 AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

PATENAUDE, ... *Appelant.*

et

LÉRIGÉ dite LAPLANTE *et al.*, ... *Intimés.*

Jugé :—1o. Qu'un vendeur de biens-fonds a l'action résolutoire faute de paiement du prix stipulé avec ou sans terme.

2o. Que l'indication de paiement dans un acte devient délégation parfaite par l'enregistrement au long de cet acte, suivant la 8e. Vict., ch. 22, sect. 6.

3o. Que, dans l'espèce, un bailleur de fonds non enregistré a droit à la résolution de l'acte de vente, faute de paiement du prix, à l'encontre d'un sous-acquéreur qui s'était chargé de le payer, et qui avait fait transcrire son titre en entier.

Held :—1o. That the vendor of real estate has a revocatory action in default of payment of the purchase money, whether such purchase be made with or without delay.

2o. That the stipulation that a person shall pay a debt to a third party, becomes a perfect delegation by the registration at length of the deed containing the same, under the 8 Vict., ch. 22, sect. 6.

3o. That, in the case, the vendor, *bailleur de fonds*, who has not registered, can demand the rescission of the deed of sale, in default of payment of the purchase money, to the prejudice of a subsequent purchaser, who has undertaken to pay him, and who has caused his deed of purchase to be registered at length.

Jugement rendu le 12 mars, 1857.

Les faits de la cause sont expliqués dans les notes qui suivent :

Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Juge-en-Chef :—Le 28 septembre, 1854, l'appelant vend à l'intimée, Marie Louise Lérigé dite Laplante, un immeuble situé dans la seigneurie de Beauharnois : prix convenu, 3000 livres ancien cours, payable le 20 avril, 1855.

Le même jour, la dite M. L. Lérigé dite Laplante fait donation du même immeuble aux deux autres intimés, son gendre et sa fille, à la charge de lui servir une rente et pension viagère, et de payer à son acquit, à l'appelant, la susdite somme de 3000 livres ; et il est expressément déclaré que cette somme est due à l'appelant en vertu du susdit acte de vente.

L'appelant n'intervient pas dans l'acte de donation ; et il ne fait pas enregistrer son acte de vente.

L'acte de donation est enregistré *au long*, c'est-à-dire, *en entier*, et non par *sommaire*, le 30 décembre, 1854. Le certificat du registrateur ne constate pas à la demande de qui cet enregistrement a été fait. Il peut aussi bien avoir eu lieu à la demande de la donatrice qu'à celle des donataires. On doit croire que ce n'est pas à la demande de l'appelant, puisqu'il n'en a pas allégué le fait.

Le 13 juin, 1855, Patenaude dirige contre les trois intimés l'action résolutoire, à l'effet de faire résilier l'acte de vente du 28 septembre, 1854, à raison du défaut de paiement du prix ; concluant à ce que le jugement à intervenir contre la dite M. L. Lérigé soit déclaré commun aux deux autres intimés, et à ce que ces derniers soient condamnés à lui délaisser l'immeuble en question, ou à lui payer son prix de vente.

M. L. Lérigé ne défend pas à cette action ; mais les deux autres intimés présentent une exception péremptoire dans laquelle ils opposent au demandeur l'acte de donation du 28 septembre, 1854, son enregistrement le 30 décembre, 1854, le défaut d'acceptation par lui de la délégation contenue en cet acte de donation, ainsi que l'absence d'enregistrement de son acte de vente, et enfin le paiement qu'ils prétendent avoir fait à la dite M. L. Lérigé de la susdite somme de 3000 livres le 5 avril, 1855, c'est-à-dire, quinze jours seulement avant l'échéance du délai stipulé en l'acte de vente. Puis ils allèguent que les charges de la donation étaient tellement onéreuses qu'elles en faisaient un acte de vente plutôt qu'une donation. De tous ces faits, ils concluent que Patenaude n'est pas recevable à exercer l'action résolutoire ; que le seul recours qu'il eût pu avoir, eût été par la voie de l'action hypothécaire, s'il eût fait enregistrer l'acte de vente ; mais que sa créance contre la dite M. L. Lérigé n'est plus qu'une créance chirographaire, attendu que cet acte n'a pas été enregistré.

Le jugement de la Cour de première instance, qui a été rendu le 31 mars, 1856, (1) maintient les exceptions des intimés et déboute le demandeur de son action : " Considering," y est-il dit, " that by the deed of sale in the plaintiff's " declaration set forth, the credit and term for the payment " of the price of the purchase money of the land and premises therein and thereby described and sold, was stipulated and agreed upon to and in favor of the said M. L. " Lérigé dite Laplante, the defendant ; and further considering that the said deed of sale hath not been registered as " by law required for the preservation of the rights of him " the said plaintiff, the vendor, against third parties, purchasers or donees acquiring for or upon good and valuable " consideration ; and that by reason of the premises, and by " law, the said deed ought not to be rescinded for the " causes in the said declaration set forth...."

Il me semble que l'appelant a eu raison de dire que ce motivé présentait une contradiction, et que la Cour de première instance avait confondu l'action en résolution avec l'action en revendication. En effet, si le premier considérant est exact, il ne pouvait pas y avoir lieu d'énoncer le second ; car si l'action résolutoire ne compétait pas au vendeur qui a donné terme pour le paiement du prix, il s'ensuit, dans l'espèce, que cette action n'a jamais appartenu à l'appelant ; il lui eût donc été inutile de faire enregistrer son titre, sous prétexte de conserver un droit qui n'aurait jamais existé. Cependant le second considérant admet le droit d'action, si le titre avait été enregistré.

L'article 176 de la Coutume de Paris, sur laquelle le premier considérant du jugement paraît avoir été fondé, n'a rapport qu'aux *choses mobilières* que le propriétaire a vendues " sans jour et sans terme, espérant être payé promptement." Mais en vente d'immeuble l'action en résolution, faute de paiement du prix, appartient de droit commun au vendeur, soit que la vente ait été faite à terme ou sans terme ;

(1) Présents :—MM. les Juges DAY, SMITH et C. MONDELET.

et comme le droit de porter cette action n'a pas été affecté par les lois nouvelles concernant notre régime hypothécaire, il s'ensuit que les intimés ne sont pas fondés à opposer à l'appelant le défaut d'enregistrement de son acte de vente. Si l'action résolutoire peut porter préjudice à des tiers *de bonne foi*, soit sous-acquéreurs, soit créanciers, et qu'en cela elle opère contrairement à l'esprit et au but du nouveau régime hypothécaire, c'est un état de chose que la législature peut seule faire disparaître.

Dans l'espèce, les donataires, intimés, appartiennent-ils à cette classe de sous-acquéreurs *de bonne foi*, pour la protection desquels a été faite la disposition contenue dans la première section de notre ordonnance d'enregistrement? Peuvent-ils se dire tels à l'égard de l'appelant? je ne le crois pas. L'un des principaux objets de l'ordonnance, comme nous l'apprend son préambule, a été de faire connaître les hypothèques *secrètes*; tel est le mot dont s'est servi le législateur. C'est le même objet que celui-ci avait en vue, lorsqu'il créa le statut des *lettres de ratification* de 1829, ch. 20, dont la plupart des dispositions, comme on le sait, avaient été empruntées à l'ordonnance du roi de France de 1771, portant création de conservateurs des hypothèques. L'une de ces dispositions était que tout créancier, pour conserver son privilège ou hypothèque, serait obligé de former opposition aux lettres de ratification. Cependant, sous l'empire de cette ordonnance, la jurisprudence du parlement de Paris avait consacré le principe que "la délégation valait opposition," c'est-à-dire que le créancier indiqué était exempt de faire opposition. (1) Cette jurisprudence a prévalu sous

(1) Nous lisons dans le commentaire de Grenier sur cette ordonnance (in-12o édition de 1787, p. 234.) "Il y a été jugé plusieurs fois (au Parl. de Paris) que la délégation dans le contrat valait opposition aux lettres, tant à l'égard des autres créanciers opposants que vis-à-vis de l'acquéreur." p. 236. "Dès qu'on juge que la délégation tient lieu, tant contre les créanciers opposants non délégués, que contre l'acquéreur, de quelque manière que soit faite la délégation, c'est-à-dire qu'elle soit acceptée par le créancier ou qu'il n'y ait qu'une simple indication que le vendeur fait à l'acquéreur d'un créancier à qui le prix doit être payé, sans le concours et acceptation de celui-ci. La raison en est que le créancier indiqué, ayant consulté le contrat, a cru devoir se dispenser de former opposition: Denisart en fait l'observation, au mot *Délégation*, no. 7." Page 238: "... après l'obtention des lettres de ratification, l'acquéreur ne pourrait pas se dispenser de payer le créancier

l'opération de notre loi de 1829. L'enregistrement requis par l'ordonnance de 1841, n'est qu'un autre mode offert à l'acquéreur de purger les hypothèques ; ce mode purge celles qui n'ont pas été enregistrées avant l'enregistrement que l'acquéreur a pris de son titre, tandis que le mode des lettres de ratification purge celles pour lesquelles opposition n'a pas été faite dans le temps prescrit. En d'autres mots, le créancier, pour conserver ses droits, doit, en temps utile, prendre enregistrement dans un cas, ou faire opposition dans l'autre, mais cela ne peut s'appliquer qu'aux hypothèques *secrètes*, selon la première section de l'ord : de 1841, c'est-à-dire, aux hypothèques dont l'existence n'a pas été déclarée à l'acquéreur par son acte d'acquisition même. Car, pour les créances qui ont été déclarées, celles pour lesquelles le contrat porte délégation ou indication, si, sous l'opération de l'acte des lettres de ratification, l'on a décidé que " la délégation valait opposition," il y a la même raison d'appliquer cette règle, sous l'opération de l'ordonnance de 1841, en disant que " la délégation vaut enregistrement " pour le créancier vis-à-vis de l'acquéreur ; car dans un cas, comme dans l'autre, cet acquéreur ne peut pas se dire, quant au créancier délégataire, être acquéreur *de bonne foi* selon les termes et l'esprit de l'ordonnance, puisque l'hypothèque ne lui a pas été tenue *secrète*, qu'au contraire il s'est obligé de payer ce créancier à l'acquit du vendeur. Si donc, comme le dit M. Grenier, l'acquéreur ne peut pas, après l'obtention de lettres de ratification, se dispenser de payer le créancier délégataire non opposant, ne peut-on pas aussi dire, puisqu'il y a parité de raison, que ce même acquéreur, après enregistrement de son contrat, ne peut pas se dispenser de payer le créancier indiqué, quoique celui-ci n'ait pas fait enregistrer son propre titre ? Si cette question est susceptible de difficulté, ce ne pourrait être, ce me semble, qu'à l'égard des autres créanciers qui auraient, en temps utile, pris

" simplement indiqué, qui n'aurait pas formé d'opposition. On ne pourrait pas tolérer
 " que le vendeur et l'acquéreur présentassent au créancier l'indication comme un
 " leurre pour empêcher son opposition, et qu'après avoir ensuite purgé son hypothèque par les lettres, ils le privassent du prix."

inscription ou enregistrement de leurs titres, et non pas lorsque la question ne se présente qu'entre le débiteur délégué, et le créancier indiqué dans son contrat. Mais même dans ce dernier cas, si la question pouvait autrefois souffrir des doutes, il me semble que ces doutes ont dû disparaître en présence de cette disposition du statut de 1843, chap. 22, sect. 6, "que l'enregistrement tout au long de tout document, écrit, acte ou chose, sera suffisant pour conserver les droits de toutes les parties intéressées en icelui, d'une manière aussi efficace que s'il eût été enregistré à la demande de ces parties, respectivement." Evidemment, cette disposition consacre en principe que la délégation devient parfaite par l'enregistrement en entier qui est fait du contrat dans lequel elle a été stipulée, soit que cet enregistrement ait été pris par le créancier indiqué, soit par un autre. Ce créancier, il est vrai, n'est pas partie active à ce contrat, puisqu'il n'y est pas intervenu, mais il n'en est pas moins pour cela *partie intéressée en icelui*, puisqu'on y a stipulé quelque chose en sa faveur, puisque la délégation qui y est portée à son profit a l'effet de le garantir contre la prescription. La loi de 1843 permet à ce créancier de faire lui-même enregistrer l'acte qui contient cette délégation, et cet enregistrement doit lui conserver tous ses droits; la loi porte aussi que l'enregistrement aura le même effet pour ce créancier, quoiqu'il soit fait à la demande d'une autre personne. Ce serait donc méconnaître le sens et la portée de la disposition sus-transcrite du statut de 1843, que de refuser à l'appelant le bénéfice de l'enregistrement en entier, qui a été fait de l'acte de donation du 28 sept. 1854. Cet enregistrement devant donc valoir à l'appelant, de même que s'il eût fait enregistrer son titre original, c'est-à-dire son acte de vente à M. L. Lerigé, il s'ensuit que son droit de créance a été conservé vis-à-vis des sous-acquéreurs, les autres intimés, et, par suite, son droit à l'action résolutoire, faute de paiement; laquelle action lui appartient de droit commun, sans qu'il soit nécessaire d'en faire une stipulation expresse dans l'acte de vente: ainsi, dans l'hypothèse où la

formalité de l'enregistrement serait nécessaire pour conserver l'action résolutoire, la partie de l'exception des intimés qui a pour base le défaut d'enregistrement serait mal fondée, puisque, dans l'espèce, cette formalité se trouve avoir été remplie de manière à ce que l'appelant puisse en invoquer le profit.

Sur la question de l'enregistrement ou inscription comme équivalant à une acceptation, je puis renvoyer à la décision que cette cour a rendue dans une cause qui a une grande analogie avec celle-ci ; c'est la cause de Ryan, appelant, et Halpin, intimé. (1) Il s'agissait d'une obligation passée par devant notaires, par laquelle l'intimé reconnaissait devoir à l'appelant la somme de £150 courant, avec constitution d'hypothèque spéciale. L'obligation avait été passée en l'absence du créancier, et il n'était pas déclaré dans l'acte que les notaires avaient accepté pour lui. Mais cet acte avait été enregistré ; et l'un des points décidés par ce jugement est " Que l'hypothèque spéciale que le débiteur " déclare, par cette obligation, constituer en faveur de son " créancier, n'en est pas moins valablement acquise à ce " dernier, sans acceptation de sa part ; qu'en supposant " même que cette acceptation fût nécessaire, l'enregistre- " ment fait de la dite obligation équivaut à cette accep- " tation." (2).

Enfin quant au paiement que les donataires intimés prétendent avoir fait à la donatrice, le 5 avril, 1855, il est vrai qu'ils présentent une quittance de sa part, de la somme dont il s'agit, et que cette quittance porte cette date. Mais dans les circonstances de la cause, on ne peut regarder cette quittance comme sincère ; elle est évidemment simulée et donnée en fraude des droits de l'appelant.

Pour les raisons qui viennent d'être exposées, je suis d'avis que le jugement dont est appel, doit être infirmé, et l'action du demandeur maintenue.

(1) Décisions des Tribunaux du B. C. tome 6, p. 61.

(2) Voir les autorités citées dans le rapport de cette cause,

CARON, Juge, concourt dans le jugement et conclut comme suit :—Notre ordonnance sur les enregistrements a eu pour but de rendre public et de faire connaître les droits des acquéreurs d'immeubles entre eux, et aussi les droits hypothécaires et privilégiés qui peuvent exister sur les propriétés. Les dispositions dans ce but ne diffèrent pas des nouvelles lois françaises sur le même sujet. Sous ce rapport les nôtres sont à peu près une reproduction des dispositions du code à cet égard, ainsi, en donnant à notre ordonnance l'interprétation qu'on a donnée en France à de semblables dispositions, l'on peut se considérer comme parfaitement en sûreté.

Or, en France le principe consacré par la jurisprudence des arrêts est que “ il ne faut pas confondre le privilège qu'a “ le vendeur pour le recouvrement du prix, avec le droit “ qu'il a de demander la résolution de la vente pour défaut “ du paiement du prix. Si le privilège a besoin d'être con- “ servé par une inscription régulière, pour n'être pas purgé “ par la transcription, il n'en est pas de même du droit de “ demander la résolution : ce droit peut être exercé nonob- “ tant la transcription contre les tiers-détenteurs, même de “ bonne foi.” (1)

Dans l'un des arrêts il est dit : “ attendu qu'il ne faut pas confondre le privilège qu'a le vendeur sur le bien, pour le prix qui lui est dû, avec le droit *réel que lui assure la clause résolutoire, lequel n'a pas besoin d'inscription pour être conservé.*” (2)

D'après tout ce qui précède, il est incontestable que l'action résolutoire existe, et qu'elle n'a pas besoin d'inscription ou enregistrement.

Les deux motifs de la Cour Inférieure sont donc fautifs, et, partant, la décision mauvaise.

(1) Cour de cass. 26 mars 1828 :—Ibid. 24 août 1831 :—Hervieux, Privilèges, vbo Vente, 416, 417 :—Cour de cass. 2 décembre 1811.—3 décembre 1817.

(2) Voir Grenier, Hypoth. 211, 212 :—1 Persil, Reg. Hypoth. pp. 186 à 192.—Dallos, Vente, 687 :—Foncet, Actions, 119 :—Code Nap. art. 2103, 2106, 2108 :—Troplong, Hypoth. 222, 223, 254 :—Duvergier, Vente nos. 433, 434, 440, 441, 450, 455 :—16 Duranton, nos. 356, 360, 361, 362.

Le jugement doit être infirmé, et jugement en faveur du demandeur, suivant les conclusions de sa déclaration.

Voici le jugement prononcé par la cour :

La cour, etc.—1. Considérant que par acte du 28 sept. 1854, l'appelant a vendu à l'intimée, M. L. Lérigé, l'immeuble dont il s'agit en cette cause, pour le prix de 3,000 livres, ancien cours, payable le 20 avril, 1855 ; que le même jour la dite M. L. Lérigé a fait donation entre vifs du même immeuble aux deux autres intimés, savoir : le dit Hubert Caillé dit Biscornet et la dite Cléophrée Fife, fille de la donatrice, à certaines charges, entre autres, de servir une rente et pension viagère à la dite donatrice, et de payer à son acquit, à l'appelant en cette cause, la susdite somme de trois mille livres, ancien cours, due en vertu du susdit acte de vente, ainsi qu'il fut déclaré expressément dans le dit acte de donation ; que ce dernier acte a été enregistré, mais que le susdit acte de vente ne l'a pas été :—2. Considérant que de droit commun, l'action en résolution de la vente, faute de paiement du prix, appartient au vendeur, soit que la vente ait été faite à terme ou sans terme ; que le droit de porter cette action n'a été en aucune manière affecté par les lois nouvelles concernant le régime hypothécaire ; et que, par conséquent, le défaut d'enregistrement de l'acte de vente ne peut préjudicier à l'exercice de cette action :—3. Considérant de plus, dans l'espèce, que le susdit acte de vente et le susdit acte de donation ont été passés le même jour ; que la créance de l'appelant, qui consiste dans le prix de la sus-dite vente, n'a pas été tenue secrète aux donataires, puisque par l'acte de donation, qu'ils invoquent, ils se sont engagés personnellement à payer cette créance à l'appelant, à l'acquit de la donatrice ; que, par conséquent, les dits donataires ne peuvent pas se dire, au préjudice de l'appelant, tiers-acquéreurs *de bonne foi*, aux termes et selon l'esprit de la première section de l'ordonnance d'enregistrement ; d'autant plus que, dans les circonstances de la cause, l'appelant pourrait invoquer

contr'eux, à raison de l'enregistrement qu'ils ont pris de l'acte de donation, cette disposition du statut de 1843, ch. 22, sect. 6, qui porte " que l'enregistrement tout au long de " tout document, écrit, acte ou chose, sera suffisant pour " conserver les droits *de toutes les parties* intéressées en " icelui, d'une manière aussi efficace que s'il eût été enregistré à la demande de ces parties respectivement :

4. Considérant qu'en cas de délégation, cette délégation devient parfaite par l'enregistrement, ou inscription, qui en est pris par le créancier, ou à son profit ; que, selon la disposition ci-dessus rapportée du statut de 1843, l'enregistrement qui a été fait du susdit acte de donation, profitant non seulement aux donataires, mais encore à *toutes les parties intéressées en icelui*, doit être censé avoir le même effet que s'il eût été fait à la demande de l'appelant, et, par conséquent, vaut en sa faveur une acceptation de la délégation contenue en l'acte de donation :—5. Considérant encore que le paiement que les donataires prétendent avoir fait, le 5 d'avril, 1855, à la dite M. L. Lérigé, de la susdite somme de 3,000 livres, ne peut, dans les circonstances, être regardé comme sincère ; qu'au contraire la quittance qu'ils invoquent à cet égard doit être regardée comme simulée et donnée en fraude des droits de l'appelant :—6. Considérant, par conséquent, qu'il y a mal jugé dans le jugement dont est appel, savoir, le jugement rendu par la Cour Supérieure, siégeant à Montréal, le 31^e jour de mars, 1856, qui déboute l'action du dit Joseph Patenaude :—Infirme le susdit jugement avec dépens contre l'intimée en faveur de l'appelant ; Et cette Cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déclare résolu à toutes fins que de droit l'acte de vente par lui consenti à la dite M. L. Lérigé dite Laplante, le 28 septembre, 1854, devant Langevin et son confrère, notaires, à St. Isidore, à défaut du paiement de la dite somme de 3,000 livres, ancien cours, montant du prix stipulé au dit acte de vente, et des intérêts sur la dite somme à compter du 20 avril, 1855 ; et ordonne que le dit demandeur, l'appelant, soit réintégré dans la pro-

priété et possession du dit immeuble, de même que si la dite vente n'avait jamais eu lieu ; la Cour déclare de plus le présent jugement commun aux dits Hubert Caillé dit Biscornet et Cléophée Fifre, son épouse, et les condamne, comme détenteurs et possesseurs de l'immeuble décrit au susdit acte, à délaisser et abandonner, sous six semaines de la signification du présent jugement, la possession du dit immeuble, et à défaut par eux de ce faire, qu'ils en seront dépossédés par main de justice, et le dit demandeur mis en possession d'icelui ; condamne de plus les dits Hubert Caillé et Cléophée Fifre, à rendre, sous le dit délai de six semaines, compte des fruits et revenus qu'ils ont perçus du susdit immeuble pendant la jouissance qu'ils en ont eue : si mieux n'aiment les dits défendeurs payer au dit demandeur sous le délai susdit la susdite somme de 3,000 livres, avec intérêt sur icelle, à compter du 20 avril, 1855, et les dépens encourus par le dit demandeur tant en Cour de première instance que sur le présent appel, auxquels dépens ils sont condamnés dans tous les cas.

CHERRIER, DORION et DORION, pour l'Appelant.

LEBLANC et CASSIDY, pour les Intimés.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
 APPEAL SIDE.

Before :—Sir L. H. LaFontaine, Baronet, Chief-Justice,
 AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

McFARLANE, ... *Appellant.*

and

ROY *et al.*, ... *Respondents.*

A *tiers-saisi* made a declaration to the effect that certain monies collected under an assignment from one of the defendants, were placed in his hands for distribution among the creditors rateably, who should grant the defendant a discharge, and that the plaintiffs, respondents, refused to accept their proportion on these terms, upon this declaration he was condemned to pay over to the plaintiffs, the balance mentioned in the declaration without notice of inscription or contestation of his declaration ;

Hold :—That such judgment was properly rendered there being no evidence of the insolvency of the assignor, or of the existence of other creditors, and no application by the *tiers-saisi* to have the monies paid into Court.

Un *tiers-saisi* ayant déclaré avoir entre ses mains certaines sommes d'argent qu'il avait reçues en vertu d'un transport à lui fait par l'un des défendeurs, lesquelles sommes d'argent il devait distribuer au marc la livre entre les créanciers qui donneraient une quittance à ce défendeur, et de plus, que les demandeurs, intimés, avaient refusé d'accepter leur part, à ces conditions, avait été condamné à payer aux demandeurs la balance qu'il déclarait avoir en mains, sans avis d'inscription ou contestation de déclaration ;

Jugé :—Que ce jugement était correct, n'y ayant pas de preuve de l'insolvabilité du cédant, ni de l'existence d'autres créanciers, non plus que de demande de la part du *tiers-saisi* que les deniers fussent payés en Cour.

Judgment rendered the 10th March, 1857.

The respondents obtained judgment against John Mulhern and Pierre Monarque, jointly and severally for £123 3s., and a writ of *saisie-arrest* was afterwards served upon the appellant to attach any monies or effects in his hands belonging or due to the said Mulhern.

The appellant made his declaration in the following terms :

“ That at the time of the service of the writ of attachment, “ *saisie-arrest*, in this cause issued, he had not, has not now, “ nor does he expect to have in his hands, possession, custody or power, any monies, goods, credits or effects, belonging to the said defendants, or either of them, except “ in so far as the sum of money hereinafter mentioned, may “ by this honorable Court be held or considered to belong to “ John Mulhern, one of the said defendants, which, however,

" the said *tiers-saisi* does not in any way admit ; and that
 " the said Andrew Macfarlane did not, at the time of such
 " service, nor does he now, nor does he believe he will here-
 " after, owe any sum of money whatever to the said defen-
 " dants or either of them. And for the information of this
 " honorable Court, deponent saith, that under the assign-
 " ment, whereof a copy is hereto annexed, certain monies
 " were collected, which were placed in deponent's hands,
 " in order that the same might be distributed, in terms of
 " such assignment, among the several creditors therein
 " named, (among whom are the said plaintiffs,) in propor-
 " tion to their respective claims, on such creditors agreeing
 " to discharge the said John Mulhern from the payment of
 " their respective claims. That at the time of the service
 " of the said writ, deponent had and still has, as a balance
 " of such monies, the sum of £125 7s. 8d. currency, on
 " which he offered to pay plaintiffs, before such service, their
 " due proportion or dividend, on their granting a discharge
 " to the said John Mulhern in terms of such assignment, but
 " plaintiffs wholly refused to accept of the same on such
 " terms."

With this declaration the appellant filed a copy of the
 deed of assignment in question, under date of the 13th of
 May, 1854 ; being a deed by which John Mulhern made
 over all his estate to one Robert Mulhern, unreservedly, in
 trust to be realised and distributed *pro rata* among all his
 creditors, on their agreeing to discharge him from their res-
 pective claims,—the appellant, as well as the respondents,
 being therein named as of the number of such creditors.

The case was inscribed for hearing on the *rôle de droit*,
 without contestation of the declaration of the *tiers-saisi* and
 without notice to him, and on the 26th October, 1855, judg-
 ment was rendered by Assistant-Justices Monk, Berthelot and
 Pelletier, condemning the *tiers-saisi* to pay over to the respon-
 dents, the amount mentioned in his declaration.

DUVAL, Justice, dissenting :—The *tiers-saisi* made a full declaration, to the effect that he had in his hands certain monies realized from the effects of one of the defendants under a deed of assignment, from the defendant, Mulhern, copy of which is produced, which were to be paid over to the creditors, *pro rata*, on compliance with the conditions mentioned in the assignment. These monies were ordered to be paid over without notice to the *tiers-saisi*, who if he had received notice, might have moved that the creditors of the assignor, who was insolvent, be called in to share in the proceeds of the monies. In this respect I think the judgment was erroneous.

Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief-Justice :—The appellant in his declaration, says : I am not a creditor of the defendant Mulhern, but the Court is to decide whether or not I am his debtor. The transfer was made to the defendant's brother in trust for the creditors. But the *tiers-saisi* does not say there were other creditors, nor does he take any steps to call them in. He admits there is a balance after payment of his own debt, and whenever the Court sees proceedings to withdraw a debtor's effects from his creditors, the Court will set them aside.

AYLWIN, Justice :—The *tiers-saisi* represents himself as a stakeholder, and says : I leave it to the Court to say whether I am to pay the monies to the plaintiff as a judgment creditor. Instead of appealing from the judgment ordering him to do so, he should have brought the monies into Court.

CARON, Justice :—If insolvency had been proved, the judgment would have been to deposit the monies in Court, but it is not proved, and as to the want of notice, the *tiers-saisi* could look for nothing, under his declaration as made, than that he should be condemned to pay over the monies in his hands, belonging to the defendant Mulhern.

Judgment confirmed.

BETHUNE and DUNKIN, for Appellants.

LAFRENAYE and PAPIN, for Respondents.

BANC DE LA REINE, } DISTRICT DE MONTRÉAL.
 EN APPEL.

Présents :—L'Hon. Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., juge-en-chef,
 AYLWIN, DUVAL et CARON, juges.

JOHNSTON, ... *Appellants.*

et

BONNER, ... *Intimé.*

En août, 1853, Bonner prit une *saisie-gagerie* contre les meubles et effets de Hamilton, alors son locataire ; en septembre, 1854, il obtint un jugement qui ne fut pas exécuté dans le temps ; en mai, 1855, ces meubles et effets furent transportés dans une maison de Johnston ; Bonner ne prit point de *saisie-gagerie* dans les huit jours ; mais quelque temps après il prit un *venditioni exponas*, au moyen duquel, après plusieurs contestations, les dits meubles et effets furent vendus :

In August, 1853, Bonner took out a *saisie-gagerie* against the goods and chattels of Hamilton, then his tenant ; in September, 1854, he obtained judgment, but, did not execute the same at that time ; in May, 1855, these goods and chattels were removed into the premises of Johnston ; no *saisie-gagerie* *par droit de sile* was taken out by Bonner within eight days ; but sometime after the expiration of the eight days, he took out a *venditioni exponas*, in virtue of which, after several contestations, the goods and chattels in question were sold :

Jugé :—Que Bonner avait perdu son privilège comme locateur, et que Johnston avait acquis un privilège sur ces meubles et effets, à son préjudice. (1)
 Jugement de la Cour Supérieure infirmé.

Held :—That Bonner had lost his privilege as lessor, and that Johnston had acquired a privilege upon the said goods and chattels, to his prejudice. Judgment of the Superior Court reversed.

Jugement rendu le 12 mars, 1857.

Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Juge-en-Chef :—Bail à loyer en date du 7 mai, 1853, par Bonner à John Hamilton, le défendeur en cette cause.

Le 13 août suivant, *saisie-gagerie* des meubles du défendeur qui garnissent les lieux ainsi loués.

Le 16 septembre, 1854, jugement de la Cour Supérieure à Québec, qui déclare cette *saisie-gagerie* bonne et valable, mais le demandeur Bonner ne fait pas vendre dans les deux mois de ce jugement.

Le 7 mars, 1855, bail à loyer par l'appelant à Dame Elizabeth Hall, d'une maison sise dans la rue Ste. Angèle, cité de Québec. La locataire est la femme du défendeur Hamilton, mais il y a séparation de biens entr'eux.

(1) L. C. R. vol. 6, p. 42.

Le 1er mai, 1855, les meubles qui avaient été saisis-gagés dans la maison de Bonner en 1852, sont transportés dans la maison de l'appelant; et ce n'est que le 24 du même mois que Bonner fait émaner pour la première fois un bref d'exécution pour faire vendre ces meubles. Après plusieurs incidents dans la cause, les meubles sont vendus par le shériff, dans la maison de l'appelante, en avril, 1856. Le produit net de cette vente est de £72 14s. 11d. courant.

L'appelante se pourvoit par opposition afin de conserver pour réclamer le paiement d'une somme de £26 5, montant d'un terme de loyer échéant au 1er mai 1856, et d'une autre somme de £15 0 pour dommages résultant de détériorations faites à sa maison.

Dans le rapport de distribution, préparé par le greffier, Bonner est colloqué au préjudice de l'appelante, et celle-ci conteste cette collocation.

La seule question qui se présente est celle de savoir si Bonner, n'ayant pas fait vendre, dans les deux mois du jugement qui a validé la saisie-gagerie, les meubles qu'il avait ainsi saisis-gagés, a par cela même perdu le bénéfice de cette saisie. En d'autres mots, l'article 172 de la Coutume de Paris, qui porte que les "exécutans sont tenus de faire vendre les biens dedans deux mois après les oppositions jugées ou cessées," s'applique-t-il au cas de la saisie-gagerie? (1) Cette question a été décidée dans la négative par la Cour Supérieure à Québec, par le jugement dont est appel, rendu le 17 octobre, 1856. (2)

A mon avis, ce jugement est erroné. Remarquons d'abord que l'art. 172 de la Coutume reçoit son exécution même dans le cas où il n'y a pas eu d'opposition à la saisie. "Par

(1) "The whole difficulty would seem to have arisen from a misapprehension of the meaning of the two month's limitation under the 172 art. which applies only to *saisie-exécution* after two months, without proceeding upon it, but not to the conservative process of *saisie-gagerie*, which may continue in force for many years," Extrait de l'opinion de la Cour de première instance, rapportée dans le 6e vol. des Déc. des Trib. du B. C. p. 47.

(2) Présents M. le Juge en Chef Bowen, et M. le Juge Badgley.

la décision de cet article de la Coutume," dit Brodeau, t. 2, p. 575, " le temps de l'exécution est borné et restreint à deux mois, savoir, du jour de l'exécution, *s'il n'y a point d'opposition* formée par le débiteur saisi, ou par un tiers, ou s'il ne survient quelque légitime empêchement..... ; et s'il y a des oppositions, du jour qu'elles sont viduées par sentence..... ou cessées, c'est-à-dire par désistements, et mainlevées volontaires duement signifiées à l'exécutant."

L'auteur des *Observations* dans le grand commentaire de FERRIÈRE, sur cet article 172, est d'opinion que cet article aurait dû être rédigé ainsi : " Les exécutans qui ne font dé-
" placer les meubles, sont tenus les faire vendre deux mois
" après l'exécution, *quand il n'y a point d'oppositions*, et quand
" il y a oppositions, deux mois après les oppositions jugées
" ou cessées."

Ces deux mois écoulés sans qu'il y ait eu vente, la saisie est périmée, c'est-à-dire, le bénéfice en est perdu pour le créancier saisissant. Si donc l'art. 172 de la Coutume s'applique à la saisie gagerie, le demandeur a perdu tout l'avantage de celle qu'il a pratiquée sur les meubles du défendeur.

Il faut distinguer entre le privilège ordinaire que le propriétaire a, de droit commun, sur les meubles qui garnissent sa maison, et le privilège particulier du premier saisissant, qui vient s'adjoindre au premier par l'effet de la saisie-gagerie. Ce dernier peut disparaître dans un court délai, tandis que le premier n'en continue pas moins de subsister aussi longtemps que les meubles restent dans la maison, et même huit jours après leur transport dans un autre lieu ; pendant lesquels huit jours la loi permet au propriétaire d'exercer son privilège *par droit de suite* ; mais s'il ne fait pas saisir-gager dans cet espace de temps, son privilège sur les meubles ainsi transportés est éteint. Ce privilège accordé au propriétaire de saisir par droit de suite est une exception à la règle générale établie par l'article 170 de la

Coutume, que "meubles n'ont point de suite par hypothèque;" et comme toutes les exceptions de cette nature, celle-ci ne doit pas être étendue au-delà du cas pour lequel elle a été faite.

Nonobstant l'existence de son privilège ordinaire, tant que le propriétaire ne fait pas saisir-gager les meubles du locataire, celui-ci peut en disposer valablement pour son profit, pourvu toutefois qu'il laisse dans la maison un mobilier suffisant pour la garnir, et assurer le paiement du loyer. S'il se conforme à cette condition, il ne peut être contraint de rapporter les meubles qui auront été ainsi déplacés, ni d'en représenter la valeur. Il en est autrement lorsque les meubles du locataire ont été saisis-gagés; sa qualité de gardien (1) le rend responsable, envers le propriétaire, des meubles qui auraient été déplacés pendant cette saisie, ou de leur valeur; car ces meubles sont alors sous la main de la justice pour le profit du propriétaire, comme ils y seraient également pour le profit de tout autre créancier saisissant. Le privilège ordinaire du locateur sur les meubles du locataire sans saisie-gagerie, et le privilège particulier qu'il acquiert par la saisie-gagerie, sont donc deux privilèges distincts, quoique l'un vienne s'enter sur l'autre tant que dure la saisie-gagerie.

Toute saisie apporte des entraves à la liberté naturelle qu'une personne a de disposer de ses biens. Ces entraves peuvent en même temps atteindre les autres créanciers du saisi. Aussi la loi n'a-t-elle pas voulu permettre que ces entraves pussent durer au gré du premier saisissant; elle y a apporté un terme, en exigeant que, dans le cas de saisie-exécution, le créancier fût vendre dans le délai de deux mois, tel que déjà expliqué. Or ces entraves qui résultent de la saisie des meubles d'un défendeur, ne sont-elles pas aussi grandes lorsque ces meubles sont saisis-gagés à la poursuite du propriétaire de maison, que lorsqu'ils sont pris en exécution.

(1) La saisie-gagerie dont il s'agit, a eu lieu avant le statut du 30 mai, 1855, chap. 106; ainsi le défendeur Hamilton était gardien de plein droit.

par la voie de la saisie ordinaire à la poursuite de tout autre créancier? Si celui-ci, qui saisit en vertu d'un titre exécutoire, est obligé de faire vendre dans les deux mois, pour conserver le bénéfice de sa saisie, pourquoi le propriétaire en l'absence de tout texte de loi au contraire, ne serait-il pas, aussi lui, atteint par la disposition de l'art. 172 de la Coutume, et, par conséquent, assujetti à cette obligation de faire vendre dans les deux mois du jour que sa saisie-gagerie *aura été convertie en saisie-exécution*? N'y a-t-il pas la même raison de l'exiger dans un cas comme dans l'autre? Au reste, ce n'est peut-être pas tant encore dans l'intérêt du saisi que dans celui des tiers qui ont contracté ou pourraient contracter avec lui, que l'obligation de faire vendre dans les deux mois a été imposée au saisissant. En effet la loi, en accordant un privilège au *premier saisissant*, suppose nécessairement qu'il pourra y en avoir un second. Et quel intérêt aurait donc ce dernier créancier de pratiquer une saisie, si celle faite à la requête du premier saisissant pouvait être indéfiniment prolongée à son gré, en conservant le privilège qui y est attaché? Assurément il n'en aurait aucun; sa saisie serait un procédé illusoire; et, dans ce cas, il faut dire que l'article 172 de la Coutume serait un non-sens ou une obscurité.

Quelle différence y a-t-il donc entre la saisie-gagerie et la saisie-exécution? On lit, dans l'ancien DENIAERT, au mot *Gagerie*: "No. 1. On nomme *gagerie*, une saisie de meubles et effets mobiliers qui diffère de la saisie-exécution, en ce qu'elle ne dépouille pas le propriétaire des meubles saisis-gagés, et en ce que le saisissant ne peut ni les faire enlever, ni les mettre en la garde d'un étranger, (1) ni les faire vendre, sans l'avoir ainsi fait ordonner avec le propriétaire, comme on le peut dans les saisies-exécutions;"

(1) La loi a été modifiée sous ce rapport par la 18^e section du statut de 1855, chap. 108, laquelle porte que "ces effets (saisis-gagés) ne seront pas laissés sous la garde du défendeur sans le consentement du demandeur, ou à moins que le défendeur n'offre des cautions approuvées par le shérif ou l'huissier, suivant le cas, pour la production des dits effets, et ces cautions seront sujettes aux mêmes pénalités et obligations que le sont maintenant les gardiens sous les ordres d'exécutions ordinaires."

et No. 9.....“ Néanmoins elle est sujette aux autres formalités prescrites pour la saisie-exécution.”

DUPLESSIS, t. 1, Ed. de 1754, p. 623, *Des Exécutions*, liv. 3, ch. 4 : “ gagerie est même chose qu'exécution ; si ce n'est que l'on voulût dire que gagerie, fût au cas où il faut sentence pour vendre, et exécution, au cas qu'il n'en faut point.”

BROCHE, Dict. de Procédure, t. 6, au mot *Saisie-Gagerie*, No. 29 : “ La saisie-gagerie ne peut être suivie de la vente du mobilier saisi qu'après avoir été validée par jugement, à moins qu'elle ne soit faite en vertu d'un titre exécutoire et sans permission du Juge.” No. 32 : “ Il faut un délai de huitaine entre la signification du jugement qui convertit une saisie-gagerie en *saisie-exécution*, et la vente. Ce jugement met le poursuivant dans la position où il aurait été s'il avait eu un titre exécutoire, &c., &c. Dans l'usage, huit jours avant la vente, et en vertu du jugement de conversion, on fait un nouveau commandement de payer, on dresse un procès-verbal de recollement, indicatif du jour, lieu et heure où la vente sera effectuée.”

POTHIER, sur la Coutume d'Orléans, dans son introduction au titre 19, No. 56, observe que, dans cette Coutume, le propriétaire peut, sans titre exécutoire, “ et sans avoir obtenu de condamnation contre le locataire, saisir-exécuter les meubles qui garnissent l'hôtel ou la métairie.” C'est un privilège particulier qui était accordé par cette Coutume.

Les autorités établissent que la différence qu'il y a, dans notre droit, entre une saisie-gagerie et une saisie-exécution est du moment qu'il intervient un jugement qui valide la saisie-gagerie ; que le jugement, et c'est dans la nature des choses, a l'effet de convertir cette saisie en saisie-exécution. Du moment donc que cette conversion a lieu, le propriétaire qui avait d'abord saisi-gagé, devient “ l'exécutant ” dont parle l'article 172 de la Coutume de Paris, et par conséquent

soumis à l'obligation de vendre dans les deux mois ; comme tout autre exécutant par la voie de la saisie ordinaire. Faute de ce faire, il perd le bénéfice de sa saisie. C'est le sentiment de FERRIÈRE, dans son Grand Commentaire, sur l'acte 171, t. 2, p. 1262. En parlant du cas où le premier propriétaire a fait saisir les meubles de son locataire avant que celui-ci fût sorti de sa maison, FERRIÈRE dit : " Il faut suivre " la distinction de M. AUZANET, savoir, que si ce premier " propriétaire fait vendre les meubles saisis et exécutés, " dans deux mois, *aux termes de l'article suivant* (l'art. 172), " il est préféré au second propriétaire sans concurrence ; " mais que s'il ne l'a pas fait, il perd son privilège, et le " second est préféré." (AUZANET, ed. de 1708, p. 137.) L'on voit que FERRIÈRE est d'avis que le propriétaire de maison est atteint par l'art. 172, comme tout autre saisissant. Evidemment le cas que FERRIÈRE pose dans le passage sus-transcrit, est celui où la saisie du premier propriétaire est encore à l'état de simple saisie-gagerie, lors du transport des meubles dans la maison du second propriétaire, ou bien celui où le premier propriétaire, ayant peu de temps avant ce transport obtenu un jugement validant la *saisie-gagerie* ; et la convertissant, par conséquent, en *saisie-exécution*, est encore néanmoins, après le transport, dans le délai de deux mois à compter du jugement.

Lorsque les meubles du défendeur Hamilton furent transportés dans la maison de l'appelante, il s'était déjà écoulé près de huit mois depuis que le jugement, déclarant la *saisie-gagerie* de Bonner bonne et valable et ordonnant la vente, avait été rendu. Bonner avait donc perdu depuis longtemps le bénéfice particulier de cette saisie, il ne lui restait donc plus, lors du transport, que son privilège ordinaire de locateur sur les meubles du défendeur ; privilège que la loi lui donnait la faculté de conserver, en pratiquant, dans les huit jours de transport, une saisie gagerie par droit de suite ; ne l'ayant pas fait, son privilège a été éteint à l'expiration de huit jours.

Dans ces circonstances, le privilège que l'appelante réclame d'être payée de préférence à Bonner, doit donc être maintenu, le jugement dont est appel infirmé, et le rapport de distribution réformé en conséquence.

Je suis informé que ce n'est pas la première fois que cette question se présente. Il paraît qu'elle a déjà été décidée, comme nous la décidons aujourd'hui, en faveur du second propriétaire, par l'ancienne Cour du Banc du Roi de Québec, le 11 avril 1835, et le jugement a été confirmé en appel le 17 novembre suivant, dans une cause de l'Hôtel-Dieu, Demandeur, dame Mary Anne Power, veuve Bradley, défenderesse et Pierre Trépanier, opposant.

Le jugement est rendu comme suit :

La Cour après avoir entendu l'appelante, par ses avocats, l'intimé n'ayant pas contesté l'appel.... 1. Considérant que la saisie-gagerie dont il s'agit en cette cause a eu lieu le treize août 1853 ; que le jugement qui a validé cette saisie a été rendu le 16 septembre 1854 ; que le dit jugement a eu l'effet de convertir la dite saisie-gagerie en saisie-exécution ; que, par conséquent, l'exécutant, John Bonner, pour jouir du bénéfice de la dite *saisie-gagerie*, était tenu de faire vendre les meubles saisis-gagés, dans les deux mois qui ont suivi le dit jugement, ce que néanmoins il a omis de faire ; 2. Considérant que les meubles qui ont été vendus à la poursuite du dit John Bonner et qui avaient été par lui saisis-gagés, comme susdit, avaient été longtemps avant la dite vente, savoir le ou vers le premier mai 1855, transportés dans la maison que l'opposante avait louée au dit défendeur, John Hamilton ; qu'il n'y a pas eu de saisie-gagerie des susdits meubles par droit de suite de la part du dit John Bonner, dans les huit jours qui ont suivi ce transport ; que, dans ces circonstances, l'opposante était bien fondée à faire valoir son privilège à l'encontre du dit John Bonner ; 3. Considérant, par conséquent, que dans le jugement dont est appel, et qui déboute l'opposante de sa con-

testation du rapport de distribution, il y a mal jugé :—Infirmes le susdit jugement, savoir, le jugement rendu le 17 octobre dernier par la Cour Supérieure, siégeant à Québec ; et cette Cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour de première instance aurait dû rendre, maintient la contestation faite par la dite appelante quant aux quatrième et cinquième articles du rapport de distribution produit le 29 mai 1856, et, ce faisant, ordonne et adjuge que le rapport de distribution produit en cette cause soit réformé quant aux dits 4e et 5e articles d'icelui, en colloquant la dite Ann Johnston au lieu et place du dit John Bonner, et par préférence à ce dernier, au montant des sommes par elle réclamées par ses oppositions, tant pour loyer que pour dommages causés à la maison et dépendances qu'occupait le dit John Hamilton, et dépens des dites oppositions, suivant la suffisance des deniers, pour sur le rapport de distribution ainsi amendé être fait et ordonné ce que de droit. Et la Cour condamne le dit John Bonner aux dépens.

HOLT et IRVINE pour l'appelante.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
APPEAL SIDE.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief-Justice, AYLWIN,
 DUVAL and CARON, Justices.

THE MONTREAL ASSURANCE COMPANY,..... Appellant.
 and

AITKEN,..... Respondent.

Held :—That the issues raised by the pleadings in the case submitted, are covered by the questions ordered by the court below to be submitted to the jury.

Jugé :—Que les contestations liées par la plaidoyerie dans l'espèce, sont comprises dans les questions que la cour a ordonné de soumettre au jury.

Judgment rendered the 10th March, 1857.

AYLWIN, Justice, dissenting :—This appeal is from a judgment of the Superior Court, Montreal, fixing the facts to be submitted to a jury ; the action being to recover damages.

for a loss by fire which occurred on the 16th January, 1855. The circumstances of the case are stated in the respondent's *factum*, as follows :

“ William Aitken, the respondent, was a merchant in Belleville, and on the 18th May, 1853, insured his stock in trade with the Montreal Assurance Company, for £2,000, and a policy was issued to him for that amount. Previous to its expiring he applied to Mr. John Bell, solicitor, the appellants' agent at Belleville, for a renewal of the risk. The firm of Ross and Bell having acted professionally for Aitken, mutual accounts existed between them, and Bell assumed the renewal risk, undertaking either to charge Aitken in account with the *premium*, or to pay it to the company out of their monies in his hands.

“ The stock at the time of the original insurance was further insured at the Provincial Insurance Company for £4,000, and was contained in a building situate in front street. On the expiry of the risk with the Provincial Company, on the 10th May, 1854, new policies were, with the consent and knowledge of the Montreal Assurance Company, taken out, viz : £2,000 at the Monarch Insurance Company, and £750 with the Equitable.

“ In September, 1854, Aitken removed from the first mentioned premises to another store in the same street, directly opposite to the office of Bell, the insurance agent, and it was agreed between them that the insurance should continue as valid in the new premises as in the old. Some time after the renewal and change in the other policies, and before the fire, the clerk of Bell, the agent, called upon Aitken at the new premises for the *premium*, and such arrangements were made in regard to it, that Bell, the agent, on the very day preceding the fire, purchased a bank draft for transmission to the head office, for the gross amount of the half year's *premiums*, including therein, that, for the risk which forms the subject matter of this suit. The fire took place in Janua-

ry, 1855, when a large portion of the goods were consumed, and it was not until after the fire, when difficulties arose regarding the adjustment of the loss, that the defendants denied their liability as insurers."

So much for the general statement of the case. Let us now look at the precise issues raised by the pleadings. The plaintiff's declaration sets forth a policy of insurance of the 10th May, 1853, signed by three directors and counter-signed by the manager of the insurance company, by which an insurance was effected to the extent of £2,000 currency, on the respondent's goods in a store in front street, Belleville, the insurance being for one year from the 10th May, 1853; that previous to the expiring of the policy, the defendants agreed to continue an insurance on the goods for a year from the 10th May, 1854. There is next alleged the removal of the goods with the consent of the defendants to another store in front street;—that although it was mentioned in the policy that insurance for £4,000 had been effected on the goods by the Provincial Insurance Company, such insurance expiring on the 10th May, 1854, the respondent, with the defendants' knowledge and consent, effected in lieu thereof new insurances, namely £2,000 in the Monarch Assurance Company, and £750 with the Equitable. Then follows an allegation, that it was the habit and custom of the defendants, and their agents at Belleville and elsewhere, sanctioned by the defendants, not to require payment of *premium* in cash, but that it should be charged in an account current "between the plaintiff and their agents and the defendants;"—that the defendants received full consideration for the insurance from the 10th May, 1854, to the 10th May, 1855; together with an allegation of loss and "compliance with the conditions specified in the said policy of insurance." The declaration contains another count setting up "that on or about the 10th May, 1854, at Belleville aforesaid, the said plaintiff, according to the usage and custom existing between the plaintiff and the defendants and their agents,

" caused to be made a certain other undertaking, agreement
 " or contract of assurance with the defendants, upon the
 " same subject matter of insurance, and on the same terms
 " and stipulations, and containing therein, to the same ef-
 " fect, (*sic.*) as in the said policy or deed poll, renewal and
 " continuance thereof, and in the said undertaking, agree-
 " ment and contract in the first count of the declaration
 " mentioned, and thereupon, in consideration that the said
 " plaintiff, at the request of the defendants, had paid and
 " undertaken to pay them the said sums of money and con-
 " sideration for the *premium* of the insurance as aforesaid,
 " the defendants undertook to be and to become insurers to
 " the plaintiff in the sum of £2,000, currency, on the goods,
 " wares and merchandizes and stock in trade of the plain-
 " tiff, to wit, at Belleville aforesaid, against all loss and da-
 " mage by fire which might happen thereto from the 10th
 " day of May, 1855. And the plaintiff avers that the defen-
 " dants did become and were insurers to the said plaintiff
 " on the said stock in trade, and that the said stock in trade
 " was placed in the buildings and premises in the said first
 " count of this declaration, lastly described, by and with the
 " knowledge and consent of the defendants, who did again
 " agree and oblige themselves to become, and be, and they
 " did become and were, insurers therein to and in favor of
 " the plaintiff for the said sum of £2,000 currency." The
 other allegations in this count are to the following effect :

1. That the plaintiff was interested in the stock to a
 greater amount than " the value of all the monies by him
 " ever insured or caused to be insured upon the said stock
 " in trade, to wit, to the value and amount of £7,000 cur-
 " rency."

2. That part of the stock exceeding in value " the whole
 " of the monies by the said plaintiff ever insured on the said
 " stock in trade, while the said insurance continued in full
 " force and effect, to wit, upon or about the 16th January
 " last, was destroyed by fire." And that the loss or damage
 was £3,847 2s. currency.

3. That the defendants "were well aware of the said fire and loss," and waived the making of any formal notice of the said loss and fire, and declared that the loss had been sufficiently proved, "and on or about the 1st March, 1855, "and on divers days since and before, at Belleville aforesaid, "acknowledged themselves to be liable for, and they undertook and promised to pay, the said sum of £2,000 to the "said plaintiff on demand."—Yet had disregarded, &c., &c.

The defendants filed seven exceptions which may be briefly stated as follows :

1. That there was no continuance of the policy.

2. Sets up the express condition in their policies, "that "no order for insurance will have any force unless the *premium* is first paid to this office," and that no payment of *premium* was made, and the policy became void on the 10th May, 1854.

3. That the insurance was declared to be "upon the property therein particularized," viz: on the store first mentioned, which was a *first class risk*, and not elsewhere, "unless allowed by indorsement previously made"; that the insurance was never transferred; that the other store was a *second class risk*; and that the company were not notified of the change, and received no *premium*, and the change was not allowed by indorsement on the policy.

4. The condition of the policy, that "if the goods be removed to a new situation, the assurance may be continued if the company approves the risk, and such difference of *premium* be paid as the company considers the alteration in the assurance requires;—but in all such cases the policy will be of no force unless immediate notice of the removal or alteration be given, and the same "be allowed by indorsement on the policies"; with the same allegations as to want of notice, &c., as in the third plea.

5. The condition to the effect that "persons effecting partial insurance must give notice of all other insurances applying to the same property, and cause the same, whether previously or subsequently made, to be inserted in or indorsed on the policy, after which the company shall only be liable to pay a rateable proportion of any loss or damage which may be sustained, along with the office or offices interested in the assurance. If such notice be not given, the policy will be void." And that no notice or indorsement was made in respect of the insurances for £2,000, and £750.

6. Plea as to no notice of other insurances.

7. Condition as to notice and proof of loss, and non-compliance with this condition.

A défense en fait was also pleaded.

The plaintiff filed special answers to several of these pleas. *To the second*, "that the defendants had been for many years before, and during the month of May, 1854, and ever since had been, and still are in the habit of dispensing with, and waiving the condition indorsed on the policy of assurance, and set forth in the first and second plea; that no order for insurance would be of any force unless the *premium* should be first paid to the office;—and had for a long time permitted, and still permit, their agents at Belleville, and elsewhere, to neglect and depart from the said condition, and had allowed, and still allow, their said agents to keep an account current, with persons insuring with the defendants, of the *premiums* due for insurance, and that the defendants were perfectly aware of, and sanctioned and approved of such practice, course of dealing and custom on the part of their agents, and approved of and permitted the same."

To the fourth. "That the defendants knew of the removal of the goods insured, and dispensed with the con-

“dition indorsed on said policy of assurance, and mentioned in the said fourth plea, and expressly sanctioned and approved of the said removal, and after such removal, continued and adopted the said insurance and risk.”

To the *fifth*. “That the defendants were perfectly well aware of the plaintiff’s having discontinued his assurance with the said Provincial Insurance Company, and of his having, instead thereof, effected the other insurance with the Monarch and Equitable Insurance Companies, as in the said declaration is set forth, and that the defendants fully and expressly consented and agreed to the said change and reduction aforesaid, and, with the full knowledge thereof, accepted, adopted and continued the risk in the said plaintiff’s declaration mentioned.”

To the *Seventh*. “That the plaintiff gave all the notice and proof of his loss, necessary and required by the conditions of the policy, and that the defendants declared themselves content and satisfied with the proof so given, and admitted that they were liable as insurers, and exonerated and relieved the plaintiff from giving any further notice, or making any further proof, of his loss, and by their acts and declarations waived any further compliance with the said conditions.”

The defence therefore amounts to this ; “our contract is a contract in writing, and must by our charter of incorporation be so. Our conditions are, any change of the contract must be in writing, and if not so sanctioned, the policy is void, and so as to the other conditions.” The respondent says, “you were satisfied, you waived the conditions, you sanctioned the neglect of them by your agents.”

It has been a question, and one on which much learning has been expended, as to whether a contract of assurance can be validly made without a writing, and whether such contract could be enforced in equity by compelling an insurer on a contract made on good consideration to issue a

policy and make good the loss ; but it is admitted that in order to recover at law there must be a writing of some description or another. In this case no writing is alleged but in the *first* count. But the policy mentioned in that count, had expired, its conditions had been altered ; the goods were in another store ; instead of an insurance at one office for £4000, two insurances are alleged at other offices for a much less amount. The plaintiff has thus made an ingenious attempt to get up the first policy to serve as a *commencement de preuve par écrit*, and to connect this with the *second* count, and thus make out a continued insurance not on a policy, but on an agreement to continue a policy, and seeks to establish this by verbal evidence. The *second* count is analagous to proceedings in chancery, on an agreement to insure, which, when perfected, would give the plaintiff a remedy ; but the declaration is not to enforce the production of a policy in conformity with the agreement ; were it not for the allegation of an express promise to pay, this second count ought, in my opinion, to be held bad on demurrer ; when the defendants set up their conditions, and the necessity of a writing, the plaintiff by his special answer, says, “ you are debarred from insisting on this, you and “ your agents did such and such things, you waived the conditions.” In other words the contract of insurance can be made and proved without writing. Such a contestation is now made for the first time ; it has never yet been made in any court in France, in the United-States or in England. It is an attempt to show that tacit acquiescence, or *parole* consent, will supersede the formal contract between the parties, and make *that* good which the contract declares shall be of no force ; to shew that a contract of assurance may be made in the street, by an agent declaring “ it is a bargain “ you are insured, I will charge you in account with the “ *premium*.”

The appellants say : Here is the law which binds *us* and binds *you*. *We* agreed and *you* agreed, that the contract

was to be in writing, and could only be altered by our consent, and by indorsements on the policy. We invoke no general law. We appeal to our agreement, made in conformity to our charter, and you are a party to this agreement and cannot be allowed, both the specific agreement and the express terms of the charter. No wonder a question of such importance should be discussed at great length, as in the case in 2 Cranch, p. 168. Can such a question of law be avoided by the mode of submitting facts to a jury which waives the question of law altogether? There is a plea that a writing was necessary, and that there was no such writing; the first being a question of law, the second a question of fact. Should not a hearing on the pleadings have been had, and the law question disposed of? If not, the appellant will be called upon to argue the law at great disadvantage before a single judge; and the judge himself has no intimation of a question of such importance being about to come up. If ever there was a case when an articulation of facts was necessary, it was in this case, in which the *factums* give the first point as to the real transactions as they took place. The defendants are a corporation, they cannot contract with the same facility as an individual who may bind himself as he pleases. A corporation can only act by its agents; duly authorized in the manner, and for the purposes set forth in its charter. The case in Cranch clearly recognizes this, and shews that contracts which infringe the powers conferred by law on a corporation do not bind the corporation, but are null and void. This doctrine is as much in favor of the public, as in favor of corporations. It enforces on both the necessity of seeing that their contract is made in the form recognized by law. My view of the case is that a law hearing should have been had, and that the parties should have been ordered to produce an articulation of facts, and then the true issues would have been disclosed.

But there is a more serious objection to the questions to be submitted. The material portions of the defence have

been entirely excluded. When, as in this case, there are special pleas and special answers, these answers must form part of the issues. Now no question has been submitted on the special answers except such as is found in the 2nd question, "whether such agent had the power to continue the insurance either in virtue of an authority directly given or sanctioned by a usage recognized by the defendants, or otherwise."

Then, as to the first question. This is a complication of facts, whether the insurance was renewed as stated in the plaintiff's declaration. There are *two* statements in the declaration which is referred to. The second count is apparently left out of view, and no questions put in relation to it, or in relation to the only allegation which would save it on demurrer, that, as to the promise to pay. If the count is good for anything, specific questions should have been raised on it, for if that count be good and be made out, the verdict on the facts it contains may of themselves alone carry a judgment for the plaintiff. And then as to the agent's power to continue; certainly he could continue the insurance, but *quo modo*? without payment of *premium*? without indorsement of change of place, or of risk? Defendants said, no—the plaintiff yes—and the power should have been ascertained, not by implication, but by a direct question. There is an allegation as to the mode of dealing of the defendants, not as between them and all the world, but as between them and their agents at Belleville. It was material that the fact should be ascertained as to how far and in what manner, and for how long such sanction had been given. The question as to the effect in law of such a sanction, which is said to extend even to the agent's *negligence*, could then have been determined. And yet no direct question is put in relation to this, which is the very turning point of the case.

Again as to the *fourth* question. This question asks whether the premises into which the goods were removed, were more hazardous than those mentioned in the policy.

The question as set up in the plea is, that the building was a *second class risk under the policy*. This is an entirely different question from that to be submitted to the jury, which deals with generalities. The policy deals with specialties. In the one case the company contracts with reference to something certain ; in the other with reference to something uncertain ; and the jury may decide inferentially and without reference to the standard mutually agreed on. As to the change of insurance offices, and the indorsation on the policy, no direct question whatever is put. A question is put generally as to compliance with conditions, and the jury is asked whether the defendants agreed and were content, &c.

But how did they agree ? was it in writing, as the defendants pretend it should have been, or was it verbally or by their mere *silence* in permitting their agent to act in such and such manner ? An agreement to continue an insurance is as much a contract as the making of the original insurance, and if the jury say the defendants were content, satisfied to continue the insurance, it becomes of moment to know when, and how such a contract of continuance was made, which is not asked. If the mode had been put as a question of fact to the jury, then the question of law would have come up sooner or later, but as put, the jury may consider anything or nothing to be a consent or a waiver, and the vital question as to the mode and manner of consent, is entirely eluded, and also the great questions of law indicated by the pleadings, as to the waiver of the corporation to contract in a manner contrary to their charter, and the authority of their agents to bind them by acts or contracts not within the scope of their duty, or by mere negligence. Then again the liability of the defendants under their policy was not for the absolute amount insured. It was a liability dependant on other insurances. They were bound to contribute, and no question is put as to the amount of such proportionate contribution. Now a question should have been

put in relation to this point, and it should have been so framed as to reduce the amount to one on which judgment could be entered up. In my opinion, therefore, there is error in the judgment of the court below. The issues raised are not covered, and it is to be regretted that a practice should be followed of taking the suggestion of one party and adopting them as questions to be put to the jury, without having the parties before the judges, and ascertaining the real matters of fact relied on. In England, the practice and end of pleading is to bring out certain precise issues ; in Scotland and in this country, the pleadings are not so accurately tested, but our law permits the *articulation de faits*. It was the old French mode. Before the conquest, witnesses were examined by the officer of the court without the presence of the parties and on an articulation of facts. When resort was had, in this country, to the trial by jury, english proceedings in respect to the trial crept in. But there is no reason why the articulation of facts, or what the Scotch writers call *articulated condescendences*, should not be adopted. In Scotland, the parties appear with their counsel before the officer, and round a table the case is stripped of extrinsic matters, and the issues are narrowed down in a familiar but effectual way. Nothing has been done by the judges in the court below to carry out the Act, either by Rule of Practice, or by Articulation of Facts, or by calling the parties before them, and ascertaining the points which are relied on. It is true the law is a recent one, and does not effectually provide for such assistance, as to enable the judges to eliminate the issues without much difficulty. I am satisfied that the law can never be properly tested, until some regulations are adopted to secure an articulation of facts, and to bring out the real issues in a better form than can be done from a mere reading of the pleadings. I have said thus much on this case because it is one of great importance, and because I feel satisfied that in whatever manner these twelve questions may be answered, most important questions of law will arise for the decision of the court.

Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Juge-en-Chef:—L'opinion que vient d'exprimer notre Hon. confrère, M. le juge Aylwin, ne tend à rien moins qu'à déclarer que le statut provincial dont il s'agit, et qui exige *une articulation de faits* avant que la cause soit soumise au jury, n'est pas susceptible d'exécution. Si cette opinion est bien fondée, il faut en venir à la conclusion qu'il est inutile d'intenter des actions pour l'instruction desquelles les parties peuvent demander un *procès par jury*. Je ne peux pas concourir dans cette opinion, car il me semble que rien n'empêche que cette loi reçoive son exécution ; en outre, il est de notre devoir de l'interpréter de manière à lui donner effet, autant que possible, selon l'intention du législateur qui l'a décrétée. A mon avis, il est facile, comme je le ferai bientôt voir, d'arrêter l'articulation de faits que cette loi exige.

Notre savant confrère a jugé à propos d'entrer dans le mérite de la demande et de la contestation mise entre les parties. Je me donnerai bien garde d'exprimer une opinion à cet égard. Ce n'est pas là la question qui nous est soumise. Il ne s'agit, à cette phase de la procédure, que de la question de la *suffisance* ou *insuffisance* de l'articulation de faits arrêtée par la cour de première instance. C'est un procédé préliminaire à l'instruction du procès. Je n'ai pas à m'occuper ici de la question de savoir si un assuré est recevable, ou non, à exercer son action contre la compagnie d'assurance, lorsqu'il ne peut pas représenter une police d'assurance faite par écrit dans les formes ordinaires ; de même, je n'ai pas, non plus, à m'occuper ici du genre de preuve que l'assuré aura à faire lorsqu'il sera appelé à procéder à son enquête devant un corps de jurés, si ce devra être une preuve écrite ou une preuve verbale, ou une preuve en partie écrite et en partie verbale. Cela est en premier lieu du ressort de la cour de première instance, puisque c'est devant elle seule que l'instruction du procès peut être faite. Nous ne devons pas anticiper ce qu'elle pourra décider à cet égard, et, par conséquent, préjuger la cause en

faveur de l'une ou de l'autre des parties, par l'expression d'une opinion intempestive. Attendons que la cause nous revienne après le verdict du jury, si toutefois elle doit nous revenir. Car ce sera seulement alors que nous pourrons être régulièrement appelés à nous prononcer sur le mérite de la contestation. La seule question que nous avons à décider aujourd'hui est celle de savoir si, les énoncés de la déclaration du demandeur étant prouvés, il peut avoir gain de cause, dans le cas où sa partie adverse n'aurait pas des exceptions suffisantes à faire valoir à l'encontre, tout en admettant le droit d'action ; et ensuite, si l'articulation des faits dont il s'agit, est telle que chaque partie puisse faire valoir ses prétentions devant le jury, de manière à obtenir un verdict sur le vrai mérite de la contestation. A mon avis, les énoncés de la déclaration établissent un droit d'action ; et je dis que, si la compagnie d'assurance, au lieu de nier ces énoncés, venait déclarer devant le tribunal qu'ils sont tous vrais, le demandeur devrait obtenir jugement contre elle. Ce n'est là qu'une question de preuve, question sur laquelle nous ne serions pas justifiables de nous prononcer par anticipation. Il ne s'agit donc, sur le présent appel, que de l'articulation de faits arrêtée par la cour supérieure.

Le statut de 1851, chap. 89, sect. 4, § 3, contient la disposition suivante : “ L'audition de la contestation dans toute
 “ poursuite ou action (devant un jury) ne sera fixée qu'après
 “ que, sur motion ou à la suggestion de la partie qui de-
 “ mandera la dite audition, la cour, ou deux juges d'icelle,
 “ auront déterminé et défini le fait ou les faits dont le jury
 “ devra s'enquérir ; lequel jury, dans tous les cas, sera tenu
 “ de rapporter un verdict spécial relativement à tels fait ou
 “ faits. ”

Dans l'espèce, chaque partie a proposé *une articulation* ; le tribunal, à quelques exceptions près, a adopté celle du demandeur. Ainsi modifiée, l'articulation d'après laquelle le jury aura à prononcer, se compose de douze articles ou questions ; et il me semble qu'elle est suffisante

pour conduire régulièrement à une décision sur le mérite de toute la contestation ; car, à mon avis, les parties auront la faculté de faire valoir devant le jury, les allégations et dénégations respectives auxquelles elles ont eu recours dans leurs écrits, et qui peuvent être essentielles soit à la demande, soit à la défense. Je pense donc que c'est à tort que le défendeur se plaint que, sans cette articulation de faits, il sera privé de l'avantage de présenter au jury la preuve de ce qu'il allègue pour repousser la demande. L'articulation de faits, requise par le statut, ne doit pas être une énumération prolix et fastidieuse de toutes les petites circonstances qui constituent un fait principal d'où naît l'action ou la défense ; énumération qui, faite d'une manière aussi détaillée, ne serait propre qu'à entraver la procédure, et à harasser le juge et le jury. Ce doit être une articulation *succincte* des faits principaux et essentiels sur lesquels repose la contestation, mais présentée néanmoins de manière à ne pas exclure, par une trop grande brièveté, la preuve des circonstances ou incidents qui constituent ces faits dans leur plénitude, qui tendent à les exposer au jury dans leur vrai jour, et qui peuvent mettre ce jury en état de les apprécier comme ils doivent l'être. Tel est l'objet de l'articulation de faits ; et cet objet me paraît devoir être pleinement accompli par celle dont il s'agit en cette instance. Autrement, et si la prétention du défendeur dût être admise, il faudrait que l'articulation de faits fût, non pas, ainsi que ce mot même le comporte d'après l'esprit et la lettre de la loi, un exposé *bref* des faits essentiels qui gissent en preuve, mais bien, pour le moins, une répétition minutieuse et fidèle de tout ce que les procureurs des parties jugent à propos d'écrire dans la déclaration, les exceptions et les réponses spéciales à ces exceptions. Voire même si cette prétention n'irait pas jusqu'à exiger des juges qu'ils missent leur esprit à la torture pour ajouter, au moyen de raisonnements ou de suppositions, à ce qui a déjà été énoncé très au long dans cette déclaration, ces exceptions et ces réponses ; si cette dernière interprétation est celle que l'on

donne à la disposition du statut, je ne saurais l'adopter, si l'articulation qui est exigée est même interprétée comme devant être pour le moins une répétition minutieuse des écrits des parties, je ne saurais, non plus, concourir dans cette interprétation. Car elle aurait nécessairement l'effet de faire regarder la disposition du statut, comme étant, le moins que l'on puisse dire, inutile et sans but. Cette disposition n'aurait donc eu d'autre résultat que de grossir le volume du dossier, et non aucun autre.

Cependant il est évident que le législateur a voulu, qu'après les écrits des parties, c'est-à-dire, après la production de la déclaration, des exceptions et des réponses, il fût adopté par le tribunal, ou deux de ses juges, une articulation de faits pour guider les jurés, ayant pour objet de rendre plus facile l'instruction du procès ; cette articulation doit donc être, quant à la forme, différente de celle déjà consignée dans les écrits préliminaires, tout en en conservant la substance quant à ce qu'il peut y avoir d'essentiel à la décision de la contestation. Or, comment concevoir la possibilité de cette différence, si l'articulation que les juges sont obligés d'arrêter, ne doit pas être une articulation *succincte*, un exposé bref des faits principaux, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer ?

An reste, cette articulation de faits n'est pas une chose nouvelle dans nos lois. Elle est reconnue par l'article 1er du titre 20 de l'ordonnance de 1667, qui porte : "Voulons que les faits qui gissent en preuve, soient succinctement articulés, et les réponses sommaires, sans alléguer aucune raison de droit, interdisant toutes répliques et additions." *Rodier*, dans son commentaire sur cet article, observe que "les faits doivent être *succinctement articulés* ; c'est-à-dire proposés article par article, et *aussi brièvement qu'il se pourra*." La disposition de l'ordonnance de 1667 est reproduite dans l'article 252 du nouveau code de procédure français, en ces termes : "Les faits dont une partie demandera à faire preuve, seront *articulés succinctement* par un simple acte de

conclusion, sans écriture ni requête." Et la cour de cassation a même décidé (9 février 1813) que le jugement qui ordonne la preuve qu'un individu se livre habituellement au commerce, indique suffisamment les faits à prouver. (1)

Le statut permet aux parties de faire des suggestions ; mais l'articulation définitive, celle qui doit servir de guide aux jurés, doit être réglée par les juges. C'est donc un acte distinct de ceux que les parties ont pu faire ; il peut donc être différent, et dans sa forme, et dans son étendue. C'est aux juges à décider de la pertinence des questions à poser ; et l'articulation doit être suffisante, si ces questions indiquent succinctement, mais clairement d'après le sens naturel des mots, les faits qui sont à prouver, sans que les parties puissent s'y méprendre, et soient exclues de porter à la connaissance du jury les moyens de preuve qui sont essentiels au succès de leur demande ou de leur défense.

L'on a dit que cette disposition de notre statut a été empruntée au statut impérial de 1815, fait pour l'Ecosse, la 55e Geo. 3, chap. 42, soit. Cela ne change rien à l'application des principes des lois de procédure qui nous régissent ; ces principes, dans le silence du statut, doivent s'appliquer à cette disposition nouvelle, lorsqu'il s'agit de la faire opérer, comme à tout autre cas analogue. De ce qu'une disposition statutaire, adoptée par notre législature, se trouve déjà faire partie du code d'un pays étranger, il ne s'en suit pas que les lois de procédure de ce pays, soient, par cela même, introduites en Canada, et doivent nous régir à l'exclusion de nos propres lois. Il me serait certainement bien difficile de comprendre le raisonnement que l'on tenterait de faire en vue de produire un tel résultat.

Du reste, le statut canadien ne contient, pour ainsi dire, qu'une disposition isolée, (et encore dans des termes qui ne sont pas semblables) au statut impérial déjà cité. Et le premier eût-il reproduit toutes les dispositions du dernier,

(1) BOCHE, Dict. de Proc. 3e. Edit. vbo. ENQUÊTE, som. 91.

cela ne changerait rien à la question qui se présente dans cette instance. Je pourrais même dire que la position de l'intimé n'en serait que plus favorable. Car, à l'aide de la jurisprudence qui s'est formée en Ecosse sous l'opération du statut impérial, l'intimé pourrait défendre et justifier l'articulation de faits qui est aujourd'hui attaquée par son adversaire. (Voir ADAM, MCFARLANE et FORSYTH.)

Voici la remarque que ce dernier (dans son livre intitulé : "History of trial by jury, pp. 311-2) fait à l'occasion du statut impérial, et des changements que ce statut introduisait en Ecosse : "But, at the same time, no alteration was made in the municipal law of Scotland as regarded the rights of the parties in a suit." A plus forte raison doit-on en dire autant du statut canadien.

Je suis donc d'avis qu'on ne doit rien changer à l'articulation de faits réglée par la cour de première instance.

Judgment confirmed.

CROSS and BANCROFT, for Appellant.

ROSE and MONK, for Respondent.

Questions now settled by the Court as those to be submitted to the jury.

1st. Whether the insurance in the declaration stated to have been made on or about the 10th May, 1853, for the sum of £2,000 currency, with the defendants by the plaintiff, was renewed on the expiry thereof, for one year from and after the 10th May, 1854, as stated in the declaration of the plaintiff by the defendants' agent at Belleville ?

2nd. Whether such agent had the power to continue the insurance either in virtue of authority directly given or sanctioned by a usage recognized by the defendants, or otherwise ?

3rd. Whether the defendants knew of and assented to the removal of the subject insured from the premises described in the original policy, mentioned in the declaration, to the other premises on the East side of front street, in the plaintiff's declaration mentioned, and whether they approved of such removal to such other premises, and agreed and were content to remain bound by, and continue the risk and insurance notwithstanding such removal ?

4th. Whether such other premises were more risky and hazardous than the premises mentioned in the said original policy ?

5th. Whether the expiry of the other insurance for £4,000 with the Provincial Insurance Company mentioned in the plaintiff's declaration, and the effecting of the other two policies, to wit : the one with the Monarch Insurance Company for £2,000, and the other with the Equitable Insurance Company for £750, were all made known and assented to by the defendants and their agent, and whether notwithstanding, and after such reduction in the other amount insured, and the change in the office, the defendants consented and were content to remain bound as insurers to the plaintiff, as averred in the declaration ?

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
 APPEAL SIDE.

Before AYLWIN, DUVAL, CARON and BADGLEY, Justices.

TORRANCE, ... *Appellant.*

and

BOUTILLIER, ... *Respondent.*

Held :—That pure Grain Spirits imported from Holland, into this country, when it can be proved that they were so imported with the necessary ingredients to manufacture Holland Gin, and for that purpose, are subject to the same duty as Gin ; and the importation of the same, as Whiskey, or Grain Spirits, is in such case a fraud upon the revenue.

Jugé :—Que des spiritueux, extraits de grains importés de Hollande en ce pays, lors qu'il peut être prouvé qu'ils l'ont été, avec les ingrédients nécessaires pour faire le Gin de Hollande, et pour cet objet sont sujets aux mêmes droits que le Gin ; et que l'importation de ces spiritueux sous le nom de Whiskey ou Grain Spirits, est dans tel cas, une fraude contre le revenu.

Judgment rendered the 13th January, 1857.

The facts of the case are sufficiently explained in the observations of the honorable Judges. In the Superior Court, the judgment was rendered by Smith and Mondelet, Justices,—Day, Justice, dissenting, in favor of the Respondent, in conformity with the above marginal abstract. In the

6th. Whether the conditions of the said policy of insurance were, in all respects, observed and complied with by the plaintiff, and if not, state the conditions which the plaintiff failed so to observe and comply with ?

7th. Whether the plaintiff was released by the defendants from observing and complying with any of the said conditions. If so, state how was he so released ?

8th. Whether the subject so insured was burned and damaged by fire on or about the 16th January, 1855, and whether the plaintiff sustained damage by such fire in the sum of £3,847 2s, or in what other sum ?

9th. Whether the notice of such fire, and the proof of the loss, as required by the terms or conditions of insurance, were given to the defendants by the plaintiff, as averred in the declaration ?

10th. Whether the defendants waived a compliance on the part of the plaintiff, of any further notice of proof than they received, as I were content and satisfied with the notice of the fire and the proof of loss ?

11th. Whether the defendants are indebted to the plaintiff, and in what sum ?

12th. Do the jury find a verdict for the plaintiff or for the defendants, and if for the Plaintiff, in what sum ?

The following are the first of the two questions submitted by the appellants, and will serve as an example of the others, as they refer to the various conditions set up in last plea.

1st. Was it a condition of the deed poll or policy of insurance, of date 10th May, 1853, referred to in the plaintiff's declaration, "that no order for insurance will be of any force, unless the premium is first paid to the office, and all persons desirous to continue their insurance must make their future payment on or before the day limited by their respective policies, or the same will be void ?"

2nd. Was the condition referred to in the last foregoing inquiry ever complied with by the plaintiff, and if so, when and in what manner ?

Court of Appeals, the judges were equally divided. Caron and Duval, justices, being for reversing the judgment, Aylwin and Badgley, to confirm the same. So that by law, the judgment stood confirmed. The four judges expressed their opinions, but the observations of Mr. Justice Caron on the one side, and that of Mr. Justice Badgley on the other side, will shew the grounds upon which the Court was divided.

CARON, Justice :—Action par Torrance contre Boutillier, pour se faire remettre des droits de Douane, payés sans cause et injustement, et illégalement exigés par le collecteur.

Allégués du demandeur.—On the 25th September, 1852, at Montreal, that the said Plaintiff was possessed of 50 casks of *grain spirits*, to wit, *whiskey*, imported from Holland through Liverpool to Montreal, subject to a duty of 3d. a gallon, and $12\frac{1}{2}$ *ad valorem*, *id est*, £12 10s. for every £100 value thereof, making on the whole quantity of 3085 gallons : £89 11s. 3d. ; that the sum exacted was £505 11s. 5d. to wit : £477 17s. 8d. duty and £27 13s. 9d. for other charges as storage, cartage, &c., altogether £505 11s. 8d.

ÉTAT DU DEMANDEUR :

Montant payé, 2s. sur 3,085 galons, et aussi £25 par £100, *ad valorem*, font, pour

droits, ...	£477	17	8
Pour hangarage, charroyage, etc., ...	27	13	9

Montant payé sous protest, ...	£505	11	5
----------------------------------	------	----	---

Montant dû suivant le demandeur, ...	89	11	3
--	----	----	---

Balance réclamée comme surcharge, ...	£416	0	2
---	------	---	---

Le défendeur a plaidé une défense en droit, renvoyée, une défense en fait et une exception, se résumant : 1. La boisson en question, savoir, les 50 quarts de *spirits* importés par

le demandeur, ne sont pas du *whiskey*, le demandeur en est convenu lui-même, en protestant contre le défendeur, le 11 juin, 1851, pour avoir substitué dans l'entrée le mot *whiskey* aux mots *grain spirits* qui s'y trouvaient.

- 2. Qu'en réalité les *spirits* importés n'étaient pas du *whiskey*, mais étaient bien du *gin*, ou du moins ressemblaient au *gin* beaucoup plus qu'au *whiskey*, par suite de quoi, suivant la clause 4, de l'acte 12, Vict. chap. 1. (*similitude clause*) l'article était sujet au plus haut droit, *id est*, au droit payable par celui auquel il ressemble d'avantage.

3. Que le demandeur se refusant au paiement de ce droit légitimement dû, lui, le défendeur, avait saisi et détenu, pour sûreté des dits droits, les articles en question, depuis le 3 juillet, 1851, au 25 septembre, 1852, auquel temps, le demandeur ayant payé les droits exigés, avait obtenu la possession des dits effets, en payant en outre les frais de *storage* et autres ; lesquels ainsi que les autres droits exigés étaient légalement dûs et exigibles.

Le demandeur a répondu spécialement pour expliquer pourquoi il avait protesté contre l'insertion faite par le défendeur, du mot *whiskey*. Sous ce rapport, il a raison, ce protest ne saurait être regardé comme un aveu de sa part que ce n'était pas du *whiskey* ; ils se plaignent purement et simplement d'une altération, d'une falsification, qui aurait pu lui être imputée, et qui l'aurait exposé à une poursuite criminelle pour *misdemeanor*.

La preuve consiste dans :

1. Les documents et papiers provenant de part et d'autre, savoir : pour le demandeur ; I. Bill of lading ; II. Certificate of the manufacturers that the article was a pure grain spirit, without any flavoring ingredients ; III. Certificate of the customs authorities, bill of entry, office, Liverpool, showing it to be foreign spirits not sweetend, not being

brandy, rum or gin ; IV. Protest and notice of action, 25th September, 1852, and ; V. Statement of demand.

Pour le défendeur :—

I. Copy of the Bill of Entry, at Montreal, 3rd July, 1851 ; II. Protest by appellant, 11th July, 1851 ; III. Copy of the seizure for false description, dated 8th July, 1851.

At the *enquête*, several other papers of less importance have been produced by appellant, to wit : A. B. Copies of the Ship's Cockets importing the spirits, under the same denomination as the certificate of entry at Liverpool ; C. Respondent's account for storage £27 13s. 9d. ; D. E. F. G. correspondence between A. H. Vass, on behalf of the importer and the respondent, to show that the article had been seized for *false description*, the surrender of the articles, the conditions of it, &c. ; H. respondent's order for delivery, 25th September, 1852 ; M. Copy of authority for removing 5 hogsheads of Geneva, imported in the same ship, not included in the 50 casks of spirits.

2. Témoignage de témoins entendus en Hollande en vertu d'une commission rogatoire.

3. Nombre de témoins entendus à Montréal dans la forme ordinaire. (1)

Par la preuve il paraît établi, 1. Que l'ordre envoyé à Rotterdam, était " for 50 casks of grain spirits, without gin flavour, and 5 hogsheads of *Geneva, anchor brand, high flavoured* (De Kuyper, Rotterdam) ; 2. Que l'article a été manufacturé sans les ingrédients qui constituent la différence entre le *gin* et le *grain spirits* ; 3. Que les manufacturiers les ont traité comme *grain spirits*, et non comme *gin*. La douane en Hollande, qui est très-sévère et très-strict ne

(1) Definition of Geneva ; McCulloch's Dict. ; Geneva is ardent spirits flavoured by the essential oil of Juniper :— Brande's Dict. V. Gin.

l'a pas chargé comme *gin* ; 4. A Liverpool, il en a été de même ; les officiers de douane les ont regardés comme étant ni *brandy*, ni *rum*, ni *gin* ; 5. Les distillateurs, importateurs, marchands et officiers de douane entendus, au nombre de 12, à Montréal, établissent que ce n'était pas du *gin*, et que c'était " pure grain spirits." Or, les témoins disent en général, que ce qui est appelé " grain spirits," est justement ce qui est entendu ici et ailleurs par *wiskey* ; " whiskey is a pure grain spirits." (1)

Ce qu'on entend ici par *wiskey* est en Hollande *Malte-reen* ou *Maltwine*, mais ce n'est pas le *gin*.

6. Après qu'il a été délivré au demandeur, on lui a ajouté les ingrédients nécessaires, et il a été vendu pour du *gin*.

Le témoignage à l'encontre consiste dans l'opinion simplement de témoins qui sont loin d'être positifs, et qui, au reste, n'expriment que des opinions, presque toujours dans des termes peu positifs et qui indiquent le doute.

Ces opinions ne peuvent être préférées, d'abord aux opinions de même espèce et plus positives, données par les témoins du demandeur, qui parlent et plus positivement et de manière à faire croire qu'ils s'y entendent mieux.

Mais surtout ces opinions ne peuvent militer contre les faits établis par et résultant de toute l'enquête ; par exemple, la déclaration positive de celui qui a manufacturé, confirmée par les gens d'expérience et par les officiers de douane en Hollande et à Liverpool, qui quoique très-stricts, ne l'ont pas été tant que le défendeur, qui, au reste, paraît avoir lui-même admis que la prétention du demandeur était correcte, en insérant dans l'envoi le mot *wiskey*, au lieu de *grain spirits*.

(1) Watterson, *Cyclopedia*, vbo. *Whiskey*.

Le protest du demandeur se plaignant du changement en question, n'est d'aucune importance, la raison en a été donnée plus haut.

Quant au fait que ces *spirits* ont été vendus comme gin, si le demandeur a trompé ses pratiques, la Cour n'a rien à y voir ; ce n'est point de cela qu'il est accusé, il peut en cela avoir eu tort, et être blâmable pour avoir vendu du mauvais gin.

Mais au reste, il est possible qu'à cette liqueur primitive, "the grain spirits," il ait été ici ajouté les ingrédients nécessaires pour le convertir en vrai et bon gin. Et puis, ce n'est pas la question. La question est, était-ce du gin, ou non, lorsqu'il a été entré à la douane ? La réponse doit être que ce n'était pas du gin.

Reste seulement à savoir si cet article ressemble plus au gin qu'au whiskey ou à toute autre espèce d'*esprits*.

D'après la preuve, du moins cette partie de la preuve à laquelle je donne la préférence, non seulement, le *grain spirits* ressemble plus au whiskey qu'au gin, mais de fait il est du whiskey ; et pourtant la question ne tombe pas sous les dispositions de la clause 4, de la 12^e Vict. chap. I. (*similitude clause*.) C'est vraiment une pure question de faits, et cette question me paraît être en faveur de l'appelant.

Le jugement doit être infirmé, et le défendeur condamné à payer la différence entre les droits du gin et ceux du whiskey, £477 17s. 8d. étant ceux du *grain spirits*, et £89 11s. 3d. étant ceux de whiskey, la différence est de £388 16s. 5d.

Quant au £27 13s. 9d. pour *storage*, si toute la somme ne peut pas être due, puisque c'est injustement qu'on a détenu ces effets, et qu'il serait absurde de charger pour *storage*, sous des circonstances pour lesquelles le collecteur

pourrait être responsable de dommages, pourtant il pourrait être dû quelque chose, quoique je ne le pense pas, il est probable que cette somme doit être ajoutée à l'autre, et partant ce jugement serait pour £388 16s. 5d. plus £27 13s. 9d. £416 10s. 2d.

Gin or Geneva is made of spirits obtained of oats, barley or malt rectified or redistilled, with the addition of Juniper berries, oil of turpentine, &c. McCulloch's Dict. Vo. Gin, page 633.

Gin and Spirits so named because flavoured by the berries of the Juniper ; and formerly called Geneva. Richardson's Dict. Vo. Gin, see, 5 vol. Encyclopediæ Americana, Vo. Geneva.

BADGLEY, Justice:—The difficulty in this case is in a small compass. The customs act of 1847, 10 and 11 Vic. Cap. 31, provided for the payment of duties on what are commonly called spirits, classed in the schedule to the act under two heads, as rum and spirits, except rum as of proof ; rum was charged by that act, with the duty of 1s. 3d. per gallon, and spirits 2s. per gallon. The customs act of 1849, 12 Vic. Cap. 1. amended the act of 1847, by enlarging the classification, and classifying the general term "spirits" as follows : under the general head of "spirits and strong waters of all sorts for every gallon of strength by sykes' hydrometer : " whiskey the gallon 3d. ; and further for every £100 value, £12 10 ; rum the gallon 1s. 3d. ; and further for every £100 value £25 ; geneva, brandy and other spirits or strong waters, except rum and whiskey, the gallon 2s. ; and further for every £100 value £25."

The amending act thus extended the general term and specialized the different kinds of spirits as above enumerated, whilst at the same time a new element of classification was introduced by the 4th section of the amending act as follows : " there shall be paid on each and every non

“enumerated article which bears a similitude in material, quality, or the use to which it may be applied, to any enumerated article charged with duty, the same rate of duty which is charged on the enumerated article which it most resembles in any of the particulars above mentioned; and if any non enumerated article equally resembles two or more enumerated articles, in which different rates of duty are chargeable, the duty on such non enumerated article shall be the same as that on the enumerated article, which it resembles, paying the highest duty.” This is the commonly known assimilating clause and its language is plain and perspicuous.

The result provided by the law then is that whiskey paid 3*d.* per gallon and 12½ per cent, rum 1*s.* 3*d.* per gallon and 25 per cent, and geneva, brandy and all other spirits, or strong waters, except rum and whiskey, 2*s.* per gallon and 25 per cent. The difference of duty becomes therefore of necessity an important item of consideration for the importer.

The facts of record in this case establish, that Vass, a merchant in Montreal, ordered from the DeKuyppers, of Rotterdam, extensive and known dealers in geneva, fifty casks of grain spirits without gin flavour, and five casks of geneva of the anchor brand, namely highly flavoured geneva, directing them to be forwarded to Liverpool to Messrs. Kenneth Dowie and Co., there, by whom they were in course received, and shipped to Vass, but who at the same time transferred the bill of lading to the plaintiff in this cause for securing payment of the order and charges. The spirits and gin were shipped from Holland in exact conformity with the order, they were warehoused in England for exportation, as appears by the cockets of entry at Liverpool, as “*foreign spirits not sweetened, not being brandy, rum, or gin as commonly designated*” these being the usual spirits classification in England upon which duties are regulated for payment, when the articles are taken into consumption there, and finally reached Montreal, where they were entered as

grain spirits, and as chargeable with the whiskey duty only, this low duty was objected to by the customs' officers at Montreal, and the higher duty was charged. The casks were taken on landing at Montreal to the customs' warehouse and held there for alleged evasion of duty, but upon the subsequent payment of the duty charged they were liberated—the charge of evasion of duty having been abandoned. It appears that in the printed form of the entry the article was designated "*Grain Spirits*," whereto was added at the Custom House, without the knowledge or sanction of the importer, the word *whiskey*; and thereupon a protest was served upon the collector of customs against the addition of the word *whiskey* to the original entry of "*Grain Spirits*." It is in evidence, that whiskey, *eo nomine*, is not known in Holland, that geneva is manufactured in that country from rye, whilst whiskey *eo nomine* is the product of coarser grains, corn, &c., and even of potatoes and other roots besides rye, and that the manufacture of whiskey is carried on largely in Scotland, Ireland and America, including this province also.

Grain spirit or the extract from grain distillation, alcohol, is the basis of both geneva and whiskey, the former being flavoured with Juniper upon rectification, the latter not being flavoured at all: both varieties of spirit are known and distinguished from each other in the market; their relative values are also familiar to dealers in them, and the discriminating scale of duties established by the statute and schedule between whiskey and geneva is significant of their difference. The schedule of the amending act must therefore evidently have contemplated a distinction between the different varieties of specially enumerated spirits, each under its own well known market name and designation, and the generality, *other spirits and strong waters except rum and whiskey*, mentioned in the schedule; the testimony does not remove the doubt if it exist in this case, several traders who are brought up by the plaintiff declare the entered

spirits to be in the nature of whiskey, but that it is not the article commonly designated as geneva. Two of the witnesses, one of them himself a distiller, testify to its having a slight scent of gin which they suppose it may have acquired from having been put into gin casks. This belief however is dissipated by the evidence of the DeKuypers who testify that their distillation is effected in copper stills, and that large vats are kept for each particular description of spirits : and, moreover, that the casks in question containing the imported spirits were new and renewed, and had been filled out of vats in which there was no flavouring of geneva. The whole 55 casks, as well the 50 containing the grain spirits, as the 5 containing the geneva, were all of the same description of casks used by the DeKuypers for containing geneva to be sent abroad on which their peculiar trade mark or anchor brand, so called, is placed. They further testify to their belief that, at the time of the shipment, a neutral spirit was wanted by Vass, and further they shew that the same price was charged by them for the grain spirit, as for the geneva composing the entire order ; the grain spirit having been made as pure as possible. Now none of the plaintiff's witnesses go to the extent of calling the spirits in question whiskey, they content themselves with saying that it is a grain spirit in the nature of whiskey, two find in it the gin scent, while all concur in not acknowledging it as geneva.

To this qualified testimony it may be added that the terms "*Grain Spirit*" not whiskey, are employed by the importer in his entry at the custom house, and his objection to the addition in the entry of the very term *whiskey*, under the schedule enumeration of which he claimed the lower duty chargeable upon that article. On the other hand the evidence of the defendant is more positive. An experienced distiller makes it gin, as do also the extensive merchants and importers, Young and Holland. The customs' appraiser calls it spirits, similar to gin, and the

customs' surveyor, having tested it by taste and with the hydrometer, declared the article in flavour and strength to be similar to geneva, moreover McLean, the distiller, says it might have been sold in the Montreal Market as gin, Young says he has frequently seen such an article sold as gin, and Holland says it would have sold as geneva in the Market. To this add the testimony of the importer himself, Vass, who says, that after receiving the spirits from the customs' warehouse they were taken into his own possession, when by the addition of gin and other ingredients, he changed the character of the spirits to gin, and it was afterwards sold as gin. It is idle to attach any importance to the english certificate of the cocket entry of the spirits at the Liverpool warehouse, where they were entered for exportation under the general term of foreign spirits, &c., to satisfy the customs schedule of the British Statute, in which the distinction is taken and the classification made to meet the different public, commercial and fiscal purposes of that country; the entry was made there from the Foreign Bill of Lading, or invoice, and not being for home consumption the mere commercial regulation—alone required in such case—was satisfied, and no positive examination of the article is proved to have taken place at Liverpool. It must be manifest from the foregoing that the article in question is not whiskey. There is no dutch whiskey, nor is it the article manufactured and generally known under that denomination in this Province. It may not be geneva, what is it? The difficulty in answering the question has arisen from a mere fallacy, a supposition that all uncoloured grain spirit must be either whiskey or geneva. It might as well be asserted that the known Compound British Gin, which is a grain spirit flavoured with turpentine and other tasty materials could be entered as whiskey in this province, because the british gin is not geneva, but like it, is manufactured from grain, &c. The schedule itself makes the distinction, and must be presumed to contemplate some difference between whiskey at 2*d.* per gallon duty, and geneva at 2*s.* per gallon

duty, and other spirits and strong waters, not whiskey, at 2s. per gallon of similar duty to geneva. The explanation of our customs act, in its well known and recognised market designations and names of imported articles, must be taken as they are generally known and distinguished by traders among ourselves. In this view, though *grain spirits*, mere alcohol, is the basis of both whiskey and geneva, these are well known diversities of the generic term, spirits, and have been so enumerated in the schedule for provincial fiscal purposes, whilst for the same purposes, the non enumerated spirits or strong waters, not being the whiskey of the schedule, manifestly include grain spirit, the term *grain spirit* not being employed in the schedule. At this phase of the case the language of the assimilating clause cannot be ignored, and for the sake of removing all possible misconstruction must be referred to in its own terms, it provides for the same duty upon every non enumerated article as is charged on the enumerated article which it most resembles in any of the particulars of material, quality or use to which it may be applied, and further in every non enumerated equally resembling two enumerated articles, liable to different rates of duties, charges the duty of the highest. The application of this provision renders it impossible to take the article in question out of this plain and explicit enactment; and, therefore, tested by the Statute classification of the schedule, and by the terms of this assimilating clause, and moreover supported by the evidence of record, the article so imported being non enumerated and most resembling geneva in its material quality and applied use, must fall under the highest class of duty, namely under the class of the geneva duty. The law is positive, if it be intended to give it any effect at all, and the judgment, therefore, of the Court below appears to be substantially correct.

The Judgment of the Superior Court is as follows :

The 27th March, 1855.—Before Day, Smith and Vanfelson, Justices :—

The Court, &c., Considering that the said plaintiff hath failed to establish by legal and sufficient evidence, that the said defendant, the collector of the customs, hath exacted any higher or larger duties, or any other charges than by law he was entitled to ask and demand from the said plaintiff ;

And further considering that the said plaintiff hath failed to establish that the article imported by him, and described in the declaration of the plaintiff, was whiskey as by him alleged and was therefore liable to a lower rate of duty than that charged and exacted by the said defendant ;

And further considering that the said defendant hath established by legal evidence that the article imported by the said plaintiff, and entered by him in the customs at the port of Montreal as grain spirits, was in its nature and character Hollands gin, or geneva, and partook more of the nature and character of Hollands gin or geneva than any other liquor, chargeable by denomination with duty under the customs laws of this province, doth dismiss the said action with costs.

DAY, Justice, dissents from this Judgment.

The Judgment of the Court of Appeals confirms this Judgment of the Superior Court.

CROSS et COFFIN, pour le Demandeur,

LORANGER et DUNLOP, pour le Défendeur.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before BOWEN, Chief Justice, MEREDITH and BADGLEY,
Justices.

No. 1302.	{	MORRIN <i>et al.</i>	<i>Plaintiffs.</i>
			vs.
		DALY <i>et al.</i>	<i>Defendants.</i>
		and	
	{	DÉROUSSELLE	<i>Opposant.</i>

Held :—That the assignor of an hypothecary claim may effectually discharge the same to the prejudice of the assignee, by registering a discharge thereof.

Jugé :—Que le cédant d'une créance hypothécaire peut donner main-levée de l'hypothèque au préjudice du cessionnaire, en faisant enregistrer une quittance.

Judgment rendered the 7th March, 1857.

Mr. Abraham Joseph having a claim against the Defendants for the sum of £130, with a right of hypothec on the real estate sold in this cause, duly registered, had assigned one half of his debt to the opposant, Dérousselle, and subsequently, having received the balance, gave a discharge in general terms, extending evidently to the whole debt. This discharge the defendants caused to be registered, in the usual manner; and subsequently borrowed a sum of money from the plaintiffs and gave them a mortgage.

The property having been sold, Dérousselle, as assignee of Joseph, filed his opposition, as also the Plaintiffs, subsequent creditors, who had duly registered. The plaintiffs contested the opposition of Dérousselle, alleging that his hypothec had been discharged and extinguished by means of the registration of an acquittance signed by Joseph, his assignor.

The effect of this discharge, as far as Dérousselle was concerned, was the question submitted to the Court.

The Counsel for Dérousselle contended that, as it appeared that the assignment had been duly notified to the defendants and accepted by them, previously to the registration of the discharge, Joseph had no control over the debt, and could

not by his acts, prejudice the rights of his assignee ; that he could no more discharge the mortgage than give an acquittance for the same ; that the law merely required the registration of the acts constituting the hypothec, and not the registration of subsequent transfers and assignments, and that the only person competent to grant a discharge was the one to whom the debt was actually due. He also contended that it did not appear upon the face of the copy of the discharge so registered that the person who had presented it to the registrar had sworn to the truth of its contents.

The Counsel for the plaintiffs replied that the general terms of the ordinance of the 4th Viet. chap. 30, required the registrar to enter a discharge of a mortgage on the production of a certificate from the mortgagor, and that the terms of the ordinance evidently applied to the original creditor, and that, to prevent the effect of such discharge, Dérousselle ought to have registered his assignment ; and that the plaintiffs who had lent their money on the faith of the certificate of the registrar could not be prejudiced by the act of Joseph.

The Court adopted the pretensions of the plaintiffs, and declared that the right of mortgage, claimed by Dérousselle, was extinguished by the discharge granted by Joseph.—Mr. Justice Meredith delivered the judgment.

MEREDITH, Justice :—The Defendant, by an obligation bearing date the 16th day of October, 1849, granted to Mr. Abraham Joseph a hypothec for £130 on the real estate sold in this cause. On the 26th October, 1852, Mr. Joseph transferred to Mr. Dérousselle, an opposant in this cause, £65 0 0 of the hypothecary debt of £130 0 0 due to him by the defendants.

Some time afterwards, Mr. Joseph granted a discharge for the whole of the hypothecary debt of £130 already mentioned, which discharge was presented to the Registrar of the County where the hypothecary claim had been regis-

tered ; and thereupon an entry was made against the hypothecary claim for £130, to the effect that it had been satisfied and discharged. Mr. Joseph's intention, doubtless, was to discharge that part only of the claim in question, which was due to himself, but it is not the less true, that the discharge, as registered, extended to the whole claim ; and the question which we have to determine is whether, as between Dérousselle and the plaintiffs, who are subsequent hypothecary creditors, the discharge granted by Mr. Joseph is to be held binding upon his assignee, Mr. Dérousselle.

On the part of the latter, it is contended that from the time of the transfer to him, Mr. Joseph ceased to be the creditor of the portion of the debt transferred, and therefore could not discharge the hypothec in so far as regards that part of the debt.

We are against the opposant, Dérousselle, on this point. The law gives a creditor registering an hypothecary claim a right to discharge it in the manner pointed out by the Registry ordinance.

The Registrar to whom a certificate of discharge in due form, is brought, is compelled to enter " in the margin of the register" that the claim registered " has been satisfied and discharged according to such certificate" and when such an entry of discharge has been regularly made against a registered claim, we do not think it can any longer be deemed effectual against a subsequent claim duly registered. To hold a contrary doctrine would be, in effect, to say that no confidence could be placed in any certificate of discharge entered in a registry office, and the effect of such a declaration would obviously be to render the registry system entirely useless for one of the most important purposes for which it was established.

I may add that the Courts in France, have invariably held that the discharge of an hypothecary debt, by the person in whose favor it was created, is effectual in favor of subse-

quent *bond fide* creditors, notwithstanding a previous unregistered assignment of such debt; and it will be found that there is not any material difference between the law of France and our own law on this subject.

“ Si le cédant a pris, avant le transport, une inscription de nature à conserver son privilège, le cessionnaire en est investi par l'existence même de la cession, et le bénéfice de l'inscription lui profite, de telle sorte qu'il n'est obligé de faire aucun acte de publicité pour mettre au grand jour les nouveaux droits qu'il acquiert. Et, en effet, qu'importe aux tiers intéressés que les droits du cédant soient exercés personnellement par lui ou par quelqu'un qui le représente ? Néanmoins, il est prudent que le cessionnaire prenne une inscription en son nom personnel. *Car un cédant de mauvaise foi pourrait, d'accord avec ses créanciers, donner main levée de son inscription et nuire au cessionnaire*, ainsi qu'on l'a vu dans une espèce jugée par la Cour de Cassation, le 5 septembre, 1813.” (1)

Le subrogé profite des inscriptions prises au bureau des hypothèques par l'ancien créancier. Si ce dernier n'en avait point pris, le subrogé devrait faire inscrire la créance dans son nom personnel, en référant, dans le bordereau, tant les titres authentiques qui confèrent le droit d'hypothèque à l'ancien créancier, que l'acte de subrogation. (2)

La prudence exige même que le subrogé fasse, dans tous les cas, renouveler l'inscription dans son nom, pour prévenir la mauvaise foi du créancier, *qui, de connivence avec les autres créanciers postérieurs, pourrait consentir à la radiation de son inscription.*

Le conservateur des hypothèques ne pourrait se dispenser de la rayer, parce qu'il ne peut connaître une subrogation qui ne lui est pas notifiée.

(1) Troplong, vol. 1, No. 363, p. 558.

(2) Toullier, vol. 7, No. 168, p. 237.

Cette radiation éteindrait irrévocablement l'hypothèque, nonobstant la subrogation, ainsi que l'a jugé, avec raison, la Cour de Paris, le 29 août, 1811. (1)

It has been contended that it does not appear that the person who presented the discharge to be registered had been sworn as to the truth of its contents ; but this is a ministerial act which must be performed by the registrar, and in the absence of proof of the contrary, we must presume that this formality has been observed.

For these reasons we are of opinion that Mr. Dérousselle has not a right to be collocated in this cause in preference to the plaintiffs for that part of the hypothecary claim which has been transferred to him.

The contestation, in so far as the right of mortgage of Dérousselle is concerned, is maintained.

ALLEYN, for Plaintiffs.

DELAGRAVE, for Dérousselle.

(1) *Sirey*, 1812, 2e part. page 21.

SUPERIOR COURT.—MONTREAL.

Before DAY, SMITH and BADGLEY, Justices.

No. 1529. { HENSHAW,..... *Plaintiff.*
 vs.
 { DYDE,..... *Defendant.*

Held :—That an agreement between parties interested in a Bill before the Legislature, respecting the inspection of Pot and Pearlashes, to the effect that one of them should forbear opposing the Bill is not void as against public policy, but may be enforced.

Jugé :—Qu'une convention entre des parties intéressées dans un projet de loi devant la Législature, concernant l'inspection de la Potasse et de la Perlasse, portant que l'une d'elles n'opposerait pas la passation de cette loi, n'est pas nulle comme contraire à l'ordre public, mais peut être mise à exécution.

Judgment rendered the 27th February, 1857.

DAY, Justice :—This action is brought to recover an instalment of £50 being part of a larger sum which the defendant promised to pay the plaintiff in consideration of his agreeing to give up the business of inspecting Ashes at Montreal, (1) and not to oppose the passing of a Bill then before the Legislature in amendment of a previous Act to regulate the inspection of Pot and Pearlashes. The plaintiff has given an admission that the agreement not to oppose the Bill was part of the consideration, though not expressed in the written agreement. (2) The defendant pleaded, first : that the plaintiff had never been appointed inspector and had not given security or passed the examina-

(1) The said Frederick W. Henshaw doth undertake and promise, from this time and henceforth, so long as an Act in relation to the inspection of Pot and Pearlashes, and the Bill now before the Legislative Assembly, in relation to the same matter (should the same become law) shall be in force, that he the said F. W. H. shall cease to act or carry on business, directly or indirectly, in his own name, or otherwise howsoever, as an inspector or packer of Pot and Pearlashes, and that he will forthwith close and not use or suffer to be used his store in King Street, Montreal, for the purposes of an Ashes Inspection Store, and further, that the said F. W. H. shall not, so long as the said Act shall be in force, as aforesaid, or at any time within three years from this date (should the said Acts be repealed) be engaged, concerned, or in any manner interested in the inspection of Ashes, and doth engage and agree to cease acting as an Inspector of Ashes, and doth engage and agree to cease acting as an Inspector, as aforesaid, whether the said Bill now before the Legislative Assembly become law or not. In consideration of which, &c., &c.

(2) Admission.—“That a part of the consideration for the execution by defendant of the said letter, was the undertaking of the plaintiff, then and there entered into, verbally, that he the plaintiff would not oppose the passing of a Bill then before the Parliament of this Province, and afterwards passed into a law, 18 Vict chap. 95.”

tion required by law, but falsely pretended that he had done so ; that the defendant was at that time an Inspector duly qualified and acting as such, and that the plaintiff had by false representations and threats of preventing the passage of the Bill by his influence, induced the defendant to become a party to the agreement, and that the consideration of the agreement was wholly illegal as the plaintiff had no right to stipulate for money, for not exercising functions which the law prevented him from exercising, or for abstaining to influence Members of Parliament. There was a second plea setting up that the plaintiff had infringed the agreement by inspecting Ashes ; but the argument was mainly directed to the alleged illegality in the consideration in respect of the plaintiff forbearing to oppose the Bill, there being no sufficient proof as to the other allegations. It was pretended that this was a corrupt consideration, and against public policy. The Court is with the plaintiff. We do not find that this case is brought within the prohibition of any Statute, or of the Common Law. This Bill was a Bill affecting private rights, it affected the private interests, of the parties and we see no illegality in the agreement. If the parties had possessed an official character, or had they been Members of the Legislature, having no private interests in the subject matter of the Bill, the case might have been different, but the parties here must be held to their agreement.

I expressed this opinion at the argument ; and the view taken by the Court on this point is sufficient to decide the case without considering whether the agreement could be supported, on the consideration mentioned in the body of the agreement, namely, that the Plaintiff should close his inspection store and discontinue his business.

BADGLEY, Justice :—The objection mainly relied on is, that the forbearance to oppose the Bill is against public policy, and illegal ; that it cannot be enforced at law, and avoids the contract. When a contract is said to be void “ as opposed to public policy ” reference is made to that prin-

ciple of law in accordance with which no subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public, or against the public good, which may be termed, as it sometimes has been, the policy of the law, or "public policy" per Lord Truro in *Egerton vs. Earl Brounlow*, where the meaning of the term is much discussed. (1)

The doctrine of the public good, or the public safety, or what is sometimes called public policy, as remarked by C. Baron Pollock, being the foundation of law, is supported by decisions in every branch of the law, and an unlimited number of cases may be cited as directly and distinctly deciding upon contracts and covenants, on the avowed broad ground of the public good and of that alone. Now *prima facie*, all persons are free to make such contracts as they please, and are morally and legally bound by them, provided they adopt the formalities required by law, but contracts have been deemed in many cases illegal and void as opposed to public policy. Without multiplying such instances it may be said in the words of Lord Ellenborough, that "whenever the tolerating of any species of contract has a tendency to produce a public mischief or inconvenience, such a contract has been held to be void, as contracts for compounding felonies, or misdemeanors, or in restraint of trade or the like, public good is the touchstone of all these contracts, and it is perfectly settled that when the contract which the plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly or by implication forbidden by the common or statute law no Court will lend its assistance to give it effect. Now what is the contract in this case? Both parties style themselves inspectors of Pot and Pearlashes, and one of them agrees that he will close his store and cease to carry on the business of inspection, in consideration of a sum of money which the other agrees to pay, it being admitted by the parties that part of the consideration upon

(1) :—House of Lords cases, 196 :—See also the opinion of Baron Parke in *Habblewhite vs. McMorine*, 5 M. & W. 462.

which the defendant agreed to pay the sum stipulated, was that the plaintiff should not oppose the passing of a Bill then before Parliament. It is this agreement which it is said is against public policy, and it is attempted to class it with the cases of taking money to compound felonies, to stop prosecutions for crime, or with cases of taking money to abandon a petition against a Member of Parliament for bribery, which is placed in the same category. This last is the case in 4 M. and W. 365.6.7 cited at Bar. The agreement there was held illegal because, said Lord Abinger, "the proceeding was instituted not for the benefit of individuals but of the public; and the only interest which the law recognizes is that of the public. The petitioner may abandon his petition, but he must take no money for it, as a means, and with the effect, of depriving the public of the benefit which would result from the investigation. It seems to me, as unlawful to do so, as it would be to take money to stop a prosecution for crime; the penalty of bribery imposed upon the member is imposed for the public benefit." (1)

The cases cited leave no doubt that the agreement admitted in this cause can not be considered as contrary to public policy. The very preamble to the Bill declares that it is expedient, which may be held to be equivalent to saying it was for the public good, that the previous statute regulating the inspection of Ashes should be amended. An agreement, therefore, to forbear opposition to such a Bill, cannot, under the position in which the parties stood, be considered as illegal or void.

Judgment; "Considering, &c., that the plaintiff hath "proved the material allegations of his declaration, and that

(1) Story on contracts sect. 576:—10 Ad. and Ell. p. 821; Lord Howden vs. Simpson, where a Member of Parliament receiving £5000 in consideration of withdrawing his opposition to a Railway Bill, it was said that "whenever a Member of Parliament has a personal interest in the subject matter of a question before Parliament, he may agree to withdraw all opposition thereto, growing out of his private not public interest, upon a consideration, provided it be not secret, nor a fraud upon any one."—See also Smith on contracts, p. 122:—5 Man. and Granger, p. 106:—17 Ad. and Ell. p. 660.

“ the Defendant hath failed to establish, &c. Condemns
“ the defendant, &c.”

MACK, for Plaintiff.

ABBOTT & BAKER, for Defendant.

SUPERIOR COURT.—MONTREAL.

Before SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

No. 1067.	{	AYLWIN,..... Plaintiff,
		vs.
		JUDAH,..... Defendant,
		and
		JUDAH,..... Plaintiff en garantie,
		vs.
		ROLLAND,..... Defendant en garantie.

Held :—1. That in order to support an hypothecary action, the debt set up by the Plaintiff must be due and payable (*exigible*.)

2. That the costs of an action *en garantie* will be given against a principal plaintiff suing before the expiry of the delay of payment, when the defendant calls in his *garant formel*.

Jugé :—1. Que pour qu'une action hypothécaire soit maintenue, la dette alléguée par le demandeur doit être due et payable (*exigible*.)

2. Que les frais d'une action en garantie seront adjugés contre un demandeur principal, lequel aura intenté son action avant l'expiration du délai, quand le défendeur fait intervenir son garant formel.

Judgment rendered 27th February, 1857.

SMITH, Justice :—This is an hypothecary action brought against the principal defendant, and the plaintiff by his conclusions prays that, by the Judgment, the property described be declared hypothecated for the payment of £1000, with interest, and the defendant, as *détenteur* of the property, held to *délaisser* the same to be sold by the Sheriff; and that in default of such *délaissement*, within fifteen days, he be declared the personal debtor of the plaintiff, and be condemned to pay him the £1000 and interest. The defendant brought an action *en garantie* against the defendant *en garantie* from whom he acquired the property in november, 1852, but no plea has been filed either to the principal ac-

tion or to the action *en garantie*. The debt in question arises from an obligation consented to by the *defendant en garantie*, in favor of Judge Gale, on the 23rd November, 1840, for £1000. Mr. Gale transferred this sum with other monies to one Renaud, and it was transferred by Renaud to Mr. Aylwin on the 19th August, 1852. This transfer the defendant *en garantie*, by notarial act of the same date declared as duly signified to him, Mr. William Aylwin being a party thereto, acting through the principal plaintiff, his attorney, and a delay of ten years was thereby granted for the payment of the debt. The transfer from William Aylwin to the plaintiff in this cause is dated the 28th November, 1855. The case comes up before us under these circumstances, and we are of opinion that the action as now brought will not lie. The debt is not exigible, and a creditor cannot bring an hypothecary action before the expiry of the delay. The object of this action is to bring the property to sale, and the debt must be exigible. The action *en interruption d'hypothèque* may be brought, (1) or if a debtor is diminishing the security of a creditor, payment of the debt may be demanded. (2) But these cases are not applicable here. It is said the delay is a privilege which the debtor must plead, but it is impossible to condemn a debtor to pay when the *titre de créance* produced by the plaintiff himself shews that the delay of payment given has not expired.

CHABOT, Justice :—All the authors agree as to the distinction between the action *Hypothécaire* and the action *en interruption*. And that the former cannot be brought for a debt not due.

JUDGMENT :—Considering, &c., that by reason of such delay of payment, the plaintiff cannot, *quant à présent*, maintain his said action *Hypothécaire* as brought, the Court doth dismiss the said action *hypothécaire, quant à présent*, with costs ;

(1) 2 Bourjon, p. 453, Nos. 1, 2 3 and 4.

(2) 6 Toullier, Nos. 662, 664, 670 and 680.

and considering that by reason of the said action being so instituted, the defendant was entitled to implead the said defendant *en garantie* as his *garant formel*, as in and by his said action *en garantie* he hath done, and considering that the principal plaintiff hath failed to establish by law any right to the conclusions by him taken, and the Court cannot now adjudicate upon the said action *en garantie*. Doth condemn the plaintiff, *demandeur principal*, to pay the costs thereof.

STUART, for Plaintiff.

JUDAH, T. S., for Defendant.

BETHUNE and DUNKIN, for Defendant *en garantie*.

BANC DE LA REINE, } DISTRICT DE MONTREAL.
EN APPEL.

Présents : Sir L. H. LaFontaine, baronnet, juge-en-chef,
AYLWIN, DUVAL et CARON, juges.

FOURNIER, ... *Appelante*.

et

RUSSELL, ... *Intimée*.

Jugé :—1o. Que l'affidavit d'une partie jurant au meilleur de ses connaissances, est suffisant pour soutenir une opposition afin d'annuler.

2o. Qu'une telle opposition peut être faite en certaine circonstance sur un Bref de *Venditioni Exponas*.

3o. Qu'un débiteur a droit de s'opposer à la vente de ses immeubles, faite par l'exécuteur de lui donner crédit des sommes reçues sur le jugement.

Held :—1o. That an affidavit made by a party, to the best of his knowledge, is sufficient to sustain an opposition *afin d'annuler*.

2o. That in certain cases such opposition may be filed to a Writ of *Venditioni Exponas*.

3o. That a debtor may oppose the sale of his real estate, the seizing party not having given him credit for sums received in part payment of his judgment.

Jugement rendu le 13 mars, 1857.

L'intimée avait fait saisir certains immeubles comme appartenant à l'appelante, en qualité de tutrice ; la vente en fut suspendue par suite de l'opposition d'un tiers qui demandait la nullité de la saisie, prétendant qu'il était saisi des biens. Cette opposition ayant été déboutée, l'intimée,

par un simple acte ou *fiat* produit au greffe fit émaner un bref de *Venditioni Exponas*, enjoignant au shérif de procéder à la vente des immeubles en question, après annonces dans deux papiers-nouvelles publiés à Montréal.

L'appelante s'opposa à cette vente, alléguant que le bref de *Venditioni Exponas* avait été émané irrégulièrement, sans avis préalable à elle donné, sans ordre de la cour prescrivant le mode de procéder à la vente ; que d'ailleurs le shérif avait refusé de procéder à la vente des immeubles dans l'ordre voulu par les agents de l'appelante ; le lot No. 10, qu'il était de l'intérêt des mineurs de faire vendre le premier, comme devant suffire au paiement de ce qui était dû à l'intimée, étant annoncé pour être vendu deux jours après les autres lots ; que ces annonces étaient d'ailleurs illégales, n'étant pas publiées dans la Gazette du Canada. L'opposante alléguait enfin que le dit bref de *Venditioni Exponas* avait été émané pour le montant entier du jugement, quoiqu'elle eût reçu, en déduction de sa créance, une somme considérable par un transport.

Les conclusions étaient à l'effet de faire mettre au néant le dit bref de *Venditioni Exponas* et les procédés subséquents, et subsidiairement, à ce que le shérif fût tenu de procéder à la vente dans l'ordre voulu par l'appelante, et seulement pour la balance due.

L'opposition était accompagnée d'un affidavit dans les termes suivants :

“ Dame Julie Fournier, opposante, dénommée en l'opposition qui précède, étant assermentée, dépose et dit que les faits allégués en l'opposition susdite, sont vrais *au meilleur de sa connaissance*, et que la dite opposition n'est pas faite dans la vue de retarder injustement la vente des immeubles saisis en cette cause, mais dans le but d'obtenir justice, et a signé, lecture faite.”

L'appelante obtint de plus un ordre de sursis de S. C. Monk, écuyer, juge-assistant, “ enjoignant au shérif de sus-

pendre tous ses procédés sur le *Writ de Venditioni Exponas* émané en cette cause, et de faire rapport de ses procédés devant cette cour sans délai."

Le shérif ayant rapporté le bref de *Venditioni Exponas*, l'intimée demanda, *par motion*, le renvoi de l'opposition pour les raisons suivantes :

" 1o. Because the affidavit of the said Dame Julie Fournier is wholly irregular, illegal and insufficient, and is not
 " in accordance with the form prescribed in the rules of
 " practice of this honorable court in that behalf made. 2o.
 " Because no opposition can by law be made, filed or re-
 " corded, to the sale of real estate to be sold under a Writ
 " of *Venditioni Exponas*, and because the opposition and
 " the said pretended order of one of the honorable assistant-
 " judges written on and under the said opposition, are, and
 " each of them is, contrary to law, nor can the said plaintiff
 " be by reason thereof, or by law, prevented from proceeding
 " to the sale of the real estate to be sold under the said
 " Writ of *Venditioni Exponas*."

L'irrégularité dans l'affidavit consistait dans l'insertion des mots "*au meilleur de sa connaissance*." L'appelante soutenait que ce n'était pas là une nullité, et que du reste l'ordre de sursis couvrait cette défectuosité. Que la règle de pratique en question (Règle LXXXVIII) n'était faite que pour exempter les parties d'obtenir du juge un ordre de sursis, mais qu'elle ne pouvait dépouiller le juge du pouvoir qu'il a de droit commun de commander aux officiers du tribunal de surseoir à l'exécution des ordres qui en émanent, lorsqu'il juge qu'il y a lieu de suspendre. Quant à l'autre moyen, de la part de l'appelante on soutenait que la clause XI du statut de la 41^e Geo. 3, ne prohibe la réception, sur bref de *Venditioni Exponas*, que des oppositions *afin d'annuler la saisie, ou afin de détruire le tout ou partie des biens saisis, ou afin de charger ou servir des sur les dits biens*; que les moyens invoqués par l'appelante en son opposition ne

tomment dans aucune de ces catégories, vu qu'elle ne s'attaque qu'au bref de *Venditioni Exponas* même.

Nonobstant cette réponse, la Cour supérieure, à Montréal, par son jugement du 25 février, 1856, (1) accorda la motion et débouta l'opposition avec dépens.

Contre ce jugement l'appelante s'est pourvu en appel, et avec succès.

AYLWIN, juge, *dissentiente*—L'appelante en cette cause par une opposition, a demandé la nullité d'un bref de *Venditioni Exponas*, pour différentes raisons qui y sont énumérées. Elle allègue, entre autres choses, des procédés de son agent, sans le nommer et sans dire qui il est, à l'effet de fixer l'ordre dans lequel la vente des immeubles devrait avoir lieu. Son opposition est accompagnée d'un affidavit où elle n'affirme pas la vérité des faits par elle allégués en son opposition, mais elle se contente de dire *qu'au meilleur* de sa connaissance ces faits sont vrais. La motion de l'intimée invoque d'abord l'insuffisance de cet affidavit. La règle de pratique sur ce point a été faite pour mettre fin à un abus, celui d'arrêter l'exécution des jugements sous le moindre prétexte. On a voulu que l'exécution ne pût être suspendue, qu'en par la partie jurant de la vérité des faits qu'elle allègue, la soumettant aux pénalités de la loi, dans le cas où elle aurait faussement affirmé. Dans le cas actuel, la preuve d'un faux serment de la part de l'appelante serait bien difficile, quant à l'agent en question, qui n'est pas nommé. Pour mettre la règle de pratique en force, ainsi qu'elle devrait l'être, il faudrait à mon avis, que l'affidavit fût spécial et référât à chacune des circonstances de la cause. Je trouve dans cette cause un fait particulier, c'est qu'elle a été la matière d'un grand nombre de litiges, et est déjà venue plus d'une fois en appel. Cette circonstance m'engage à être plus strict sur l'observance des formalités. Dans aucun cas je n'admettrais un affidavit donné par une

(1) Présents : Les juges-assistants Monk, Pelletier et Berthelot.

partie, *au meilleur de sa connaissance*, et dans ce cas-ci, moins qu'en tout autre ; et je me trouve en conséquence dans la nécessité de différer du jugement de la majorité de la cour.

CARON, juge :—L'appel est d'un jugement de la cour inférieure à Montréal, qui a renvoyé sur motion de l'intimée, (demanderesse en la cour inférieure), une opposition afin d'annuler produite par l'appelante, (défendresse *ès-qualité* dans la cause.)

Il s'agit de la vente de plusieurs immeubles saisis sur la défenderesse sur jugement rendu contre elle-même, *es-qualité*, en vertu d'un *fieri facias*. La vente sur ce *fieri facias* fut arrêtée par une opposition afin d'annuler qui fut renvoyée par un jugement de la cour inférieure, confirmé par la cour d'appel. Après ce dernier jugement est émané un *writ de venditioni exponas*, ordonnant la vente des immeubles saisis sur le premier *writ*, après les annonces et avertissements voulus par la loi. C'est à ce *writ de venditioni exponas* que l'opposition en question est filée. Les motifs de cette opposition sont : 1o. Pas de notice à l'opposante, défenderesse, de l'émanation de ce premier *writ*. 2o. Refus du shérif de procéder à la vente des lots dans l'ordre indiqué par l'opposante et son agent. 3o. Pas d'avertissement dans *the Canada Gazette*, de la vente à être faite sur le *venditioni exponas*, l'annonce faite dans le *Montreal Herald* étant sans son consentement. 4o. Parce que le *writ* était émané et la vente se devait faire pour tout le montant du jugement, £2471 4 8 mentionné au *writ*, tandis que sur le montant il avait été payé une somme réduisant la balance à £1577 14 8 pour laquelle seulement la vente se devait faire. Cette opposition est accompagnée d'un affidavit de la part de l'opposante, jurant qu'au meilleur de sa connaissance les allégués de l'opposition sont vrais ; aussitôt cette opposition rapportée par le shérif, la demanderesse a fait motion qu'elle fut renvoyée, mode qui paraît être en usage à Montréal. Les raisons énoncées en la motion, sont :—1o. Affidavit insuff-

fisant et irrégulier. 2. L'on ne peut filer d'opposition afin d'annuler à un *writ de venditioni exponas*.

Cette motion a été accordée, l'opposition renvoyée par jugement du 25 février, dont le dispositif est : " doth grant " the said motion, and in consequence dismiss the said opposition with costs." Pas de motifs. C'est de ce jugement dont est appel. Sur cet appel trois questions se présentent : 1o. L'affidavit est-il suffisant ? 2o. Est-il dans aucun cas permis de s'opposer par opposition afin d'annuler à la vente d'immeubles annoncés en vente par le shérif sur *writ de venditioni exponas* ? 3o. Si cette question est résolue affirmativement, les raisons énoncées en l'opposition, ou quelques unes d'elles, sont-elles suffisantes pour la faire maintenir ?

Sur la première question, il faut référer à la règle de pratique 80 de la cour supérieure, qui statue sur la forme de l'affidavit nécessaire à toute opposition non fondée sur titre, et qui a pour effet d'arrêter la vente. Dans l'affidavit les mots ne sont pas les mêmes, mais la substance est la même, il y est dit : " au meilleur de sa connaissance." Cela suffirait pour la faire condamner pour parjure, s'il était établi que ce n'est pas vrai ; l'affidavit est donc suffisant. Sur le 2e point, savoir : si dans aucun cas l'on peut filer à un *writ de venditioni exponas* une opposition à annuler. L'on dit pour l'intimée que l'acte 41e Geo. III. chap. 7, sec. 11, le prohibe expressément.—Cela est vrai. Mais il faut interpréter cette loi d'une manière raisonnable, et dire, que pour ne pas retarder indéfiniment la vente d'immeubles saisis dans une cause, l'on a ordonné que sur le *writ de fieri facias*, en vertu duquel se fait la saisie, il était bon d'exiger que l'on filât toutes les oppositions devant avoir l'effet d'arrêter la vente à ce premier *writ*, afin que l'on pût les faire décider toutes ensemble, et non les unes après les autres, mais ce ne pourrait être que celles qui étaient possibles alors, et dont le sujet était né et existant à cette époque, et non celles qui peuvent être fondées sur des raisons survenues depuis, et qui n'existaient pas avant l'émanation du *venditioni exponas*, ou qui sont

inhérentes à l'émanation ou à l'exécution du second *writ*. Nombre de cas peuvent être supposés, où toute autre interprétation de la loi serait absurde et injuste ; ainsi il y a donc des cas où l'on peut faire des oppositions à la vente d'immeubles sur un *writ de venditioni exponas*. L'opposition renvoyée contenait-elle quelques unes de ces raisons, qui, d'après la règle qui vient d'être posée, étaient de nature à la devoir faire maintenir ? C'est ce qui reste à examiner.

Là-dessus il faut dire, que, d'après l'usage suivi à Québec, une opposition ne peut être renvoyée sur motion que pour défaut de forme et irrégularité dans la procédure ; comme si elle est filée après le temps, si elle ne contient pas élection de domicile, si les pièces ne sont pas produites à temps, si elle n'est pas accompagnée d'affidavit, ou si cet affidavit est insuffisant, et autres raisons analogues. Mais quant au défaut d'allégués suffisants en droit pour maintenir les conclusions, c'est par *demurrer*, comme dans le cas d'action, que la question doit être soulevée, et quant aux allégués fondés sur des faits à prouver, l'opposant doit avoir l'occasion de le faire ; pourtant il paraît que l'usage est contraire à Montréal, et que l'on est dans l'habitude de décider du mérite d'une opposition sur une simple motion. Passe pour les questions de droit qui s'élèvent sur les allégués même de l'opposition, mais quant aux allégués de fait, que l'opposant demande à prouver, il devrait avoir le moyen de le faire, si toutefois il peut montrer que, prouvés, ils peuvent lui faire obtenir les conclusions de son opposition. La motion à Montréal devant la cour doit avoir le même effet qu'un *demurrer* qui admet comme prouvés tous les faits allégués, et élève seulement la question de savoir si, étant prouvés, ils sont susceptibles des conclusions qu'on en tire. Or, dans notre espèce, mettant de côté le défaut de notice à l'opposante, notice qui, dans les circonstances, n'était pas nécessaire, le refus du shérif de procéder à la vente des lots dans l'ordre qui lui serait indiqué, objection prématurée, et qu'il aurait été impossible d'établir, puisque

le temps de la vente n'était pas encore arrivé ; l'opposition contenait deux autres motifs, qui, s'ils sont établis à la preuve, auraient pu, pour l'un, faire déclarer nuls tout-à-fait les procédés sur le *venditioni exponas*, et pour l'autre, faire arrêter ou modifier l'exécution, le premier est l'allégué que les avertissements voulus par la loi n'ont pas été faits ; le second sont les paiements allégués avoir été faits depuis le jugement rendu. Sûrement l'opposante devait avoir l'occasion de faire preuve de ces paiements, et en attendant, les procédés devaient être suspendus si la demanderesse ne convenait pas de ces paiements allégués. C'est mal à-propos que la demanderesse dit que lors de la vente elle sera à temps de faire déclaration de ce qui lui aura été payé. L'opposante a intérêt de ne pas attendre cette époque pour s'entendre dire alors, que ce paiement elle aurait dû le plaider plutôt ; c'était à la demanderesse de l'admettre, s'il était réel, sinon l'opposante devait avoir son jour pour le prouver. La cour inférieure, en lui refusant de faire cette preuve, lui a fait injustice.

Je pense donc que le jugement est mauvais, qu'il doit être infirmé, que la motion de la demanderesse doit être rejetée, et l'opposante admise à procéder sur son opposition suivant la loi et la pratique de la cour. (1)

La cour, etc. Considérant que l'affidavit accompagnant l'opposition de l'appelante est légal et suffisant ;

Considérant que dans certains cas particuliers et sous des circonstances spéciales, il est loisible et nécessaire de faire exception à la règle prohibant la production, sur *writs* de *venditioni exponas*, d'opposition à l'effet d'arrêter les ventes d'immeubles, annoncées en vertu de tels *writs* ;

Considérant que les paiements et déductions à faire, tel qu'allégué par l'appelante en son opposition, s'ils étaient

(1) Voir le précédent dans de la cour de Montréal, dans la cause de la Banque du Peuple vs. Donegani et Donegani, opposant. Jugement, 3 mai, 1853. Lower-Canada Reports, vol. 3, p. 478.

prouvés, réduiraient le montant du jugement contre elle, de la somme de £2471 4 8, pour laquelle il a été originai-
rement rendu, à celle de £1577 14 8, pour laquelle, au
susdit cas de preuve, la vente devrait être faite seulement,
et que, pour cette raison, l'appelante aurait dû avoir son
jour pour établir les dits paiements et déductions, ce qui
cependant lui a été refusé par le jugement dont est appel,
et que partant sous ce rapport la cour inférieure a mal
jugé ;

Casse, annule et met au néant le susdit jugement, etc.

Et la cour, procédant à rendre le jugement qu'aurait dû
rendre la dite cour, déboute et rejette la motion faite de la
part de la dite Grace Russell.... maintient la dite opposi-
tion, et adjuge et ordonne qu'il sera procédé sur icelle sui-
vant la loi et la pratique de la dite cour, avec dépens contre
l'intimée.

OUMET, MORIN et MARCHAND, pour l'appelante.

A. et G. ROBERTSON, pour l'intimée.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
APPEAL SIDE.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief-Justice, AYLWIN,
DUVAL and CARON, Justices.

CUMMINGS, ... *Appellant.*

and

QUINTAL, ... *Respondent.*

Held :—1o. That the writing or *lettre missive* copied below is a sufficient power of Attorney for the sale of the lands therein mentioned.

2o. That the writing relied on by defendant as a deed of sale, and copied below, is a sufficient conveyance to defendant of the lot in dispute, although executed in the name of the firm by a partner of the person named in the power of attorney, and although such writing is addressed to defendant and another, and although the terms of the power of attorney, as to the amount to be paid at the time of the sale, are varied by the instrument of sale.

3o. That, in a petitory action, pleas by the defendant setting up title to the lot in dispute under an instrument in favor of himself and another are good pleas to the action, although the power of attorney under which title is conveyed is in one plea set up as in favor of A., and in the other as being in favor of A., and B., co-partners, and although the title was executed by B. in the name of the firm.

4o. That a sale of land in free and common socage by B. in the name of a firm under a power of Attorney to A., his partner, is valid, although not signed by the purchaser therein named, and although not executed in presence of witnesses nor under seal.

Jugé :—1o. Que l'écrit ou *lettre missive* reproduite ci-dessous constitue une procuration suffisante pour la vente des terrains y mentionnés.

2o. Que l'écrit que le défendeur considère comme un acte de vente, et reproduit ci-dessous, constitue en faveur du défendeur un transport suffisant du terrain en contestation, bien qu'il ait été exécuté au nom de la société par un associé de la personne désignée dans la procuration, et bien que cet écrit soit adressé au défendeur, et à une autre personne, et malgré que les termes de la procuration, quant au montant à être payé au temps de la vente, diffèrent de ceux qui sont employés dans l'acte de vente ;

3o. Que dans une action pétitoire, des plaidoyers alléguant le titre du défendeur au terrain en contestation en vertu d'un acte fait en faveur de lui-même et d'une autre personne, sont des plaidoyers recevables à l'action, bien que la procuration, en vertu de laquelle le titre est transféré, soit dans l'un des plaidoyers, alléguée comme étant faite en faveur de A., et dans une autre en faveur de A. et B., co-associés, et bien que le titre ait été exécuté par B. au nom de la société ;

4o. Que la vente d'immeuble en franc et commun socage faite par B. au nom d'une société, en vertu d'une procuration à A. son associé, est valable, bien que l'acte n'ait pas été signé par les acquéreurs y dénommés, et qu'il n'ait pas été exécuté en présence de témoins, non plus que revêtu d'un sceau.

Judgment rendered the 2nd of March, 1857.

This was a petitory action brought by the appellant in his capacity of sole executor of the last will of Amos Lay, and as legatee in trust under the will to recover the south half of lot 12, in the 5th range of the township of Ely.

The defendant pleaded two exceptions.

1st. That the said late Amos Lay, on the 2nd January, 1849, by a certain letter or power of attorney, *lettre missive*, (1) directed to one James Scott, empowered the said James Scott to sell divers lots of land, situate in the township of Ely aforesaid, and particularly the lot in dispute.

That Scott accepted the trust, and, as the duly authorized Agent and Attorney *ad negotia* of the said late Amos Lay, on the 31st of May, 1849, at Montreal aforesaid, in and by a certain instrument in writing, memorandum of agreement, or *acte sous seing privé*, (2) acknowledged to have re-

(1) Copy of a letter *missive*, or power of attorney, sent through post and addressed "James Scott, Esq., Ely, County of Shefford, Waterloo Post Office, Canada East."

Ann Arbor, January 2nd, 1849.

SIR,

I herewith enclose to your particular care a map of the lands I have for sale in Ely, which, if you can sell, I will allow you a commission of five per cent on all payments, where credit is given, for your trouble for sale and collection of payment, but so far as money is paid in advance, two and a half per cent will be allowed.

I am in hopes the Jamison 100 acres, can be sold for cash the spring following, and the mill lot No. 9, 4th range. You may write me of any offers made. The lowest price in cash, or the principal part paid down, will be one hundred pounds for each lot, or two hundred pounds for the 2 lots or three hundred acres. The mill lot I will sell for 400 dollars in cash, or \$200 in cash and \$250 in one, two, and three years from next May, with interest; and as to the remainder of the lands they may be sold at two dollars per acre, payments as follows: one quarter paid down, the remainder in one, two and three years with interest, but if they will pay one half the money down at receipt of deed, I will deduct twenty per cent, so far as they pay the money in advance. I shall come to Canada next season, if my health will admit of it.

If the eastern half of the Jamison lot is not sold, there will probably be required a fence. The Frenchman who bought Benjamin Ladoo out with me, and if he will take that price, it may go towards paying for his lot, but if the lot can be sold as it is, it will be the best. I have written Doctor Lay on the same subject, and if the lot is not sold, I give him the privilege of mowing the grass, on condition the lot is not sold.

I shall be happy to hear from you as soon as convenient.

I remain, yours, &c., &c.

(Signed,) AMOS LAY.

JAMES SCOTT, Esquire }
ELY

(2) Copy of memorandum, deed, or promise of sale, referred to in exceptions and judgment.

Montreal, 31st May, 1849.

SIR,

We hereby acknowledge on the part of Amos Lay, the sum of ten pounds currency in part payment first instalment of purchase money for lot No. 12, 5th range in the Township of Ely, and, in accordance with the terms verbally agreed upon between us, guarantee you the possession and occupancy of the said lot on your paying us this fall the balance of first instalment, say fifteen pounds, and fulfilling the other provisions of our contract, viz: twenty-five pounds for three years consecutively with interest. The balance of cash, which remains due on first instalment, we will expect to be settled on or before the 1st January, 1850.

We are, &c. &c.

(Signed,)

SCOTT & GLASSFORD,
Agents for Amos Lay.

ceived from the defendant in this cause, and one Urgel Blanchard, to wit : Urgel Blanchard, the defendant, in a certain cause now pending in this Court under the number 535, wherein the plaintiff in this cause is plaintiff, and the said Urgel Blanchard is defendant, the sum of ten pounds currency, in part payment of the first instalment of purchase money for lot No. 12 in the 5th range in the township of Ely, and did, in and by the said *promesse de vente*, paper writing or *acte sous seing privé*, guarantee to them the defendant, and the said Urgel Blanchard, the possession and occupancy of the said lot of land, and did thereby, on behalf of the said Amos Lay, sell, or promise and agree to sell, to them the defendant and the said Blanchard, the said lot of land for the sum of £100 currency, payable as in said deed.

That the defendant and the said Urgel Blanchard entered upon the said lot ; and that under the said 'memorandum of agreement, he the defendant, since the day of the making thereof, hath occupied the same as the legal owner thereof, and has always been ready and willing, and still is, to pay the balance due on the said purchase money when properly called upon.

2. That the defendant is in possession of the lot as the legal owner and proprietor thereof, under and by virtue of a just and legal title, having, conjointly with one Urgel Blanchard, purchased and acquired the same from the said late Amos Lay, in his lifetime, by memorandum of deed or *promesse de vente sous seing privé*, bearing date at Montreal the 31st May, 1849, and by which he, the said late Amos Lay, thereto represented and acting by and through his duly authorized Agents and Attorneys, James Scott and Henry A. Glassford, then copartners carrying on trade under the firm of Scott and Glassford, for and in consideration of the sum of £100 currency, ten pounds whereof were then and there paid on account, did sell, assign and make over to the said defendant, and one Urgel Blanchard, lot

No. 12, in the 5th range of lots in the township of Ely, portion of which lot forms the subject matter of this action, and did guarantee to them the defendant, and the said Urgel Blanchard, the possession of the said lot, under the terms and conditions set forth in the said memorandum of deed, and *promesse de vente sous seing privé* ; that the said Defendant since the 31st May, 1849, has been in possession of the said lot of land, under and by virtue of the memorandum of deed or *promesse de vente sous seing privé*, herein before mentioned as the legal owner and proprietor thereof.

The plaintiff, for answer to the first exception, alleged that the *lettre missive* did not contain any power or authority to Scott to enter into any contract of sale or promise of sale, of the said lot, but contained merely a statement of certain lands which Lay had for sale in the township of Ely, and a promise of paying Scott a commission on any sale which might be duly, by the said Lay, effected in case a purchaser should be found for any of the said lots, through or by means of Scott ; the said letter being merely a proposition made to the said James Scott, which was never accepted or acted upon by him. That moreover, Scott was by the said *lettre missive* instructed as to the price for which said lands should be offered for sale, Lay declaring that he would sell the mill lot, which is not the lot in dispute in this cause, at four hundred dollars in cash, or two hundred dollars in cash, and two hundred and fifty dollars in one, two and three years from May then next, and that for the remainder of the lands, he would sell the same at two dollars per acre, payment as follows : one quarter paid down, the remainder in one, two and three years with interest, but if half the money were paid down at receipt of deed he would deduct twenty per cent, so far as the money should be paid in advance ; Lay further declaring that he would come to Canada, the then next season, if his health would permit. That the said writing, styled memorandum of agreement or *promesse de vente* was never executed by the said Scott, or by any one authorized by the said Amos Lay to pass the same, or hav-

ing any power to bind Lay on that behalf, nor did the same purport to be, nor was it, a contract of any kind binding on the defendant, or of which the said Amos Lay could have availed himself, nor was the same made by the said Lay's duly accredited Agent and Attorney, but the writing was *and purports to be a letter of guarantee* by parties styling themselves Scott and Glassford, acknowledging the receipt of ten pounds currency, and guaranteeing the defendant the possession of the lot therein referred to in accordance with certain pretended verbal agreement made between them and the defendant, as therein set forth ; that the letter was moreover addressed to Cyrus Quintal, and one Urgel Blanchard, and if available at all, could only avail as an undertaking by the said Scott and Glassford to guarantee possession of said lot therein referred to, and to bind them, and not Lay, to the terms thereof ; that the payment of the ten pounds was made wholly without legal power or authority given by Lay, nor was any part thereof received by him, nor by any person or persons authorized by him, and that the said letter was wholly inoperative, null and void, nor could the defendant invoke the same as against the plaintiff, nor did the said defendant thereby become, nor is he now proprietor under said letter of any part of the said lot.

The answer to the second plea is in effect the same as to the first plea. *No defense en fait* was filed.

The evidence in the cause consists :

1. Of a notarial deed of sale of the 25th December, 1802, from one Mills, of the lot in dispute, to the testator Lay ; of a copy of Lay's will of the 9th April, 1851, executed at Grand Rapids, in the State of Michigan, which was admitted as duly proved, as was also the quality of the plaintiff.

2. Of depositions for the plaintiff shewing the defendant's session, and his attempts, within two or three years, to buy the lot from the agent of the deceased.

3. Of admissions given by the plaintiff as to Lay's signature to the *lettre missive*, and that the signature "*Scott and Glassford*," was in the hand writing of Henry A. Glassford, a partner in the firm of Scott and Glassford, and that the firm received the £10 mentioned in the receipt. No witnesses were examined on behalf of the defendant. Judgment was rendered in the Superior Court, Montreal, on the 27th October, 1855, by the Assistant Judges (Monk, Berthelot and Pelletier.) The only remarks made by the learned Judge Monk, who delivered the judgment of the Court, were the following :
 " This is a petitory action, and the question is as to the validity of the power of Attorney under which a promise of sale
 " was made to the defendant by Messrs. Scott and Glassford,
 " the power being to Scott alone, Scott and Glassford being
 " co-partners. We think the power sufficient, and the action
 " is dismissed."

IN APPEAL.—The appellant relied on the following points :

1. That the letter of attorney to Scott gave him no power to pass a title, still less on terms in contradiction, as to payments, with the letter of attorney.

2. That the power to Scott to find purchasers for land, was not a power to his partner, so as to enable that partner, by acts done in the copartnership name to bind the principal.

3. That the sale was not in the form and did not contain the requisites of a deed or promise of sale, and that the defendant did not become proprietor under the pretended deed.

4. That the pretended deed was simply a letter of acknowledgement for £10, (evidently £5 from each of the parties to whom the letter is addressed) with an undertaking "in accordance with the terms verbally agreed upon
 " between us" (that is Scott and Glassford, of the one part, and Messrs. Cyrus Quintal and Urgel Blanchard, of the other,) "to guarantee them possession and occupancy of
 " the lot."

5. That under this deed of sale, Mr. Lay and his representatives had manifestly no action against the defendant, or purchasers, for the balance of the purchase money.

6. That there is no evidence whatever of Scott having done any act as Attorney of Lay, or of his having accepted the alleged agency in any way, nor of the defendant having taken possession of any part of the lot under the pretended title, or ever having paid more than the £5 referred to in the receipt.

7. That the pleas are wholly contradictory to each other and to the proof in the case.

8. That the defendant having produced the letter of Attorney must be supposed to have been aware of the nature of the authority given to Scott, and that Lay or his representatives had no recourse upon Scott ; the pretended sale by Glassford being wholly beyond the scope of a partner's authority, and having no kind of reference to partnership business.

The pretensions of the respondent at the argument, and as disclosed by his factum in appeal, were that the respondent was in good faith, and that it would cause him loss and hardship, if the appellant should succeed in appeal.

The remarks of the learned Chief Justice in giving judgment were as follows :

“ We think the letter of Attorney pleaded in this cause sufficient to authorize the sale of the land in dispute to the Respondent, and the judgment of the Court below must be confirmed.”

Judgment.—“ Considérant que le lot de terre dont l'intimé est en possession, et qui fait l'objet de l'action pétitoire de l'appellant, a été dûment vendu à l'intimé par le nommé James Scott, en l'année 1849, et que le dit James Scott était valablement autorisé de la part du dit Aïmos Lay par la lettre missive du 2 Janvier, 1849, à faire cette

vente, et que, par conséquent, dans le jugement dont est appel, il y a, pour le motif ci-dessus exposé, bien jugé en autant qu'il déboute l'appellant de son action, la cour confirme, etc.

A. & G. ROBERTSON, for Appellant.

M. MORISON, for Respondent.

BANC DE LA REINE } DISTRICT DE QUÉBEC.
EN APPEL.

Présents : Sir L. H. LA FONTAINE, Bt., Juge-en-Chef,
CARON, MONDELET et SHORT, Juges.

MOREAU, ... Appelante,
et

MOTZ, ... Intimé.

Dans cette cause, la Cour Supérieure, siégeant à Québec, composée de Bowen, Juge-en-Chef, Morin et Badgley, Juges, avait rendu, le cinq septembre, 1855, un jugement en faveur de l'intimé, décidant les points suivants : (1)

1o Que tant qu'une première tutelle existe, une seconde ne peut avoir lieu, et que tous les actes faits par un second tuteur sont nuls ;

2o Qu'un inventaire fait sans y appeler le premier tuteur est nul ;

3o Que si le subrogé tuteur, qui a comparu à tel inventaire, est encore mineur, l'inventaire est nul ;

4o Que l'huissier, qui a pris les effets portés à l'inventaire, doit être assermenté, à peine de nullité de l'inventaire ;

5o Que des inexactitudes, de fausses évaluations, des récéls dans un inventaire, le rendent nul, et constituent en fraude celui qui l'a fait ;

6o Que toutes transactions, quittances et décharges, intervenues entre tel tuteur et des mineurs devenus majeurs, ayant pour base tel inventaire incorrect et frauduleux, sont nulles de plein droit ;

7o. Que des transactions intervenues entre un tuteur et des mineurs devenus majeurs, sans qu'il ait été fait un bon et loyal inventaire, sans reddition de compte et sans production de pièces justificatives, sont nulles de plein droit ;

8o Que l'action rescisoire, dans pareil cas, ne se prescrit pas par dix ans, lorsqu'il y a dol et fraude ;

9o Qu'en l'absence de registres, l'état civil d'une personne peut être prouvé par les dires de ses parents et par témoins.

Ce jugement de la Cour Supérieure, est infirmé par la Cour d'Appel, par lequel tribunal il est,

Jugé :—1o Que dans l'espèce, il n'existait pas d'acte authentique constatant l'époque de la naissance de l'intimé ; que le 21 août, 1830, l'intimé, ayant déclaré être majeur, il lui incombait d'établir le fait de sa prétendue minorité par une preuve claire et précise, ce qu'il

In this case, the Superior Court, sitting at Quebec, present Bowen, Chief-Justice, Morin and Badgley, Justices, on the 5th September, 1855, rendered judgment in favor of the respondent, deciding the following points :

1o That so long as a first tutorship exists, a second cannot take place, and that all the acts made by a second tutor are null ;

2o That an inventory made without calling the first tutor is null ;

3o That if the *subrogé tuteur*, who has appeared at an inventory, is still a minor, the inventory is null ;

4o That the bailiff, who has estimated the chattels mentioned in the inventory, must be sworn, if not, the inventory is null ;

5o That inaccuracies, false valuations, omissions in an inventory, make it void, and render the one who has made it guilty of fraud ;

6o That all transactions, acquittances and discharges, which have taken place between a tutor and minors who have become of age, founded upon such incorrect and fraudulent inventory, are null *de plano* ;

7o That transactions which have taken place between a tutor and minors who have become of age, without a faithful inventory being made, without accounts being rendered and without production of vouchers, are void *de plano* ;

8o That the action *rescisoire*, in such a case, is not prescribed by ten years, when there is deceit and fraud ;

9o When there is an absence of registration, the civil *status* of a person can be proved by the sayings of his parents and by witnesses ;

This judgment of the Superior Court is reversed by the Court of Appeals, by which Court it is,

Held :—1o That in the case submitted there was no authentic instrument ascertaining the period of the respondent's birth ; that the respondent having on the 21st of August, 1830, declared himself of full age, it was incumbent upon him to establish the fact of his alleged minority

n'avait pas fait; qu'il en était de même quant à William Andrew Motz;

2o Que J. C. ayant l'usufruit des biens légués en propriété à William Andrew et Catherine Motz, dont il était tuteur, et que n'ayant jamais été tuteur de l'intimé, dans ces circonstances, il n'était pas tenu de rendre compte aux trois enfants Motz, et que par conséquent, l'absence de reddition de compte n'était pas un moyen que l'intimé pût valablement invoquer pour faire annuler les traités que lui et son frère avaient faits avec le dit J. C., et que l'intimé et son frère étant réputés majeurs, lorsque ces traités avaient eu lieu, les deux pouvaient être valablement faits, tant pour leur propres parts que pour celles de leur sœur décédée en minorité.

3o Que l'action en nullité, portée par l'intimé, était prescrite par le laps de dix années écoulées depuis la passation des actes incriminés.

4o Qu'il n'avait pas été prouvé que l'inventaire du 31 août, 1830, fût entaché de dol et de fraude, et que les erreurs et omissions qui y ont été signalées pouvaient seulement donner lieu à une demande en réformation ou rectification, et que, par conséquent, l'intimé n'était pas fondé à se pourvoir par une action générale, en nullité, en pétition d'hérédité, en confection d'inventaire et en reddition de compte, et que le jugement de la Cour Supérieure, qui avait octroyé à l'intimé les conclusions de sa demande, était erroné.

by precise and undoubted proof, which he had failed to do; that he had likewise failed, in relation to the same fact, with respect to William Andrew Motz;

2o That J. C. having the usufruct of the property devised to William Andrew and Catherine Motz, of whom he was the tutor, and that never having been the tutor of the respondent, he was not, under the circumstances, held to render an account to the three children of the late Motz; and that, therefore, the want of a *reddition de compte* was not a means which the respondent could legally invoke to set aside the transactions which the respondent and his brother had entered into with the said J. C.; and that the said respondent, and his said brother, being reputed of full age when these transactions had taken place, the same could be legally made as well for themselves as for their sister, deceased, a minor;

3o That the action *en nullité* brought by the respondent was prescribed by the period of ten years since the passing of the deeds complained of;

4o That it had not been proved that the inventory of the 31st August, 1830, was fraudulent, and that the errors and omissions alleged against it could only give rise to a demand for its alteration and rectification, and that, therefore, the respondent had no right to bring suit praying it should be declared void and concluding *en pétition d'hérédité*, for an inventory and the rendering of an account; and that the Judgment of the Superior Court, which had awarded to the respondent the conclusions of his declaration, was erroneous.

Jugement rendu le 10 mars, 1857.

L'intimé par son action en Cour Inférieure réclamait sa part dans la succession de sa mère, Christiana McPhee, décédée, et réclamait ainsi, tant de son chef que du chef de William Andrew Motz, son frère, et de Catherine Motz, sa sœur, dont il était l'héritier pour moitié. Cette action était dirigée contre Henriette Moreau, veuve Joseph Carrier, poursuivie en son propre nom et en sa qualité de tutrice à ses enfants, comme étant en possession des biens réclamés, à l'effet de lui faire rendre compte, de la forcer à procéder à faire inventaire, et de plus à l'effet d'opérer un partage et licitation. L'action avait aussi pour objet de demander l'annulation de plusieurs actes que l'intimé anticipait devoir

lui être opposés, entr'autres un inventaire, diverses cessions, quittances et transactions intervenues entre les héritiers Motz et feu Joseph Carrier.

Les faits de cette cause sont amplement rapportés en détail au cinquième volume des Décisions des Tribunaux du B. C., p. 433, ainsi que les prétentions des parties. D'ailleurs les observations qui suivent suffiront pour faire comprendre les points qui ont été décidés.

Sir L. H. LA FONTAINE, Bt., Juge-en-Chef :—Il s'agit d'un Jugement rendu par la Cour Supérieure, siégeant à Québec, lequel Jugement a donné, sur la plus grande partie des conclusions, gain de cause à l'intimé, demandeur en Cour de première instance.

L'action de James Motz est dirigée contre dame Henriette Moreau, tant en son propre et privé nom comme ayant été commune en biens avec feu Joseph Carrier, son mari, qu'en sa qualité de légataire en usufruit du dit Joseph Carrier, et encore en sa qualité de tutrice nommée en justice à la substitution créée par le testament du dit feu Joseph Carrier ; et, contre Joseph Carrier, fils du testateur, par un précédent mariage avec Christiana McPhee, tant en son propre et privé nom qu'en sa qualité de légataire de la dite feue Christiana McPhee, sa mère.

Voici l'analyse des énoncés de la déclaration du demandeur :

1. La dite Christiana McPhee avait, en premières noces, épousé le nommé John Motz. De ce mariage sont nés trois enfants, savoir, le demandeur, William Andrew Motz, et Catherine Motz.

2. Le dit John Motz est décédé à Québec, le ou vers le 1 octobre, 1819, laissant un testament solennel par lequel il lègue à sa femme, la dite Christiana McPhee, tous ses biens meubles et immeubles, la faisant sa légataire universelle.

3. Le 7 décembre, 1819, la dite Christiana McPhee convole en secondes noces, à Québec, avec le dit Joseph Carrier, le testateur ci-dessus indiqué. De ce mariage est né Joseph Carrier, l'un des défendeurs.

4. Le 24 déc., 1828, (Panet, notaire,) testament de la dite Christiana McPhee, par lequel elle lègue au dit Joseph Carrier, son mari, l'usufruit et jouissance, durant sa vie, de tous ses biens meubles et immeubles, et la propriété de ses biens au dit Joseph Carrier, son mari, au dit Joseph Carrier, son fils, et aux dits James Motz, W. A. Motz et Catherine Motz, les trois enfants nés de son premier mariage, les instituant ses légataires universels en propriété, par parts et portions égales, c'est-à-dire, chacun pour un cinquième.

5. Après la mort de la dite Christiana McPhee, son mari, le dit Joseph Carrier, se serait mis en possession de tous ses biens etc. Puis on allègue que sa succession mobilière valait alors la somme ronde de £10,000 ; et que ses immeubles, propres, acquets et conquets, une autre somme ronde de £10,000.

6. Le 6 déc., 1837, décès de la dite Catherine Motz, *ab intestat*, et laissant, par conséquent pour ses héritiers, ses deux frères, le demandeur et W. A. Motz. (La dite Catherine Motz est décédée en minorité, n'étant agée que de 19 ans et 9 mois.)

7. Le 8 mars, 1852, par un acte portant transport fait à Buffalo, dans l'Etat de New-York, le dit William Andrew Motz aurait fait à son frère, le demandeur, cession de tous ses droits mobiliers et immobiliers dans la *succession de son père*, dans celle de sa mère ainsi que dans celle de sa sœur, et, de plus, de la somme de £200, donnée et assurée, est-il dit, au dit cédant par sa mère et son beau-père, le dit Joseph Carrier, suivant acte du 17 juillet, 1820, (Scott, notaire) : cet acte de transport déposé par le demandeur au greffe ou étude de M^{re} Petitclerc, notaire, à Québec, le 24 avril, 1852, et signifié le même jour à la dite Henriette Moreau,

la défenderesse, et, de plus, accepté et ratifié par le demandeur, James Motz, par acte du 21 mai, 1852, (Petitclerc, notaire), et signifié à la dite Henriette Moreau le même jour.

8. Carrier, père, n'aurait jamais fait d'inventaire de la succession de la dite Christiana McPhee, et n'aurait jamais rendu compte aux trois enfants Motz de la dite succession, et ne leur en aurait jamais fait connaître ni la valeur ni les forces.

9. Le 23 sept., 1823, sur requête du dit Joseph Carrier et de sa femme, la dite Christiana McPhee, le nommé Louis Harper aurait été nommé tuteur aux trois enfants Motz, et le nommé John Kerry, leur subrogé tuteur.

10. Le 21 août, 1830, (c'est-à-dire, après la mort de la dite Christiana McPhee), son mari, le dit Joseph Carrier se serait fait nommer tuteur au dit William Andrew Motz et à la dite Catherine Motz, sans avoir au préalable fait destituer de sa tutelle le dit Louis Harper, et aurait fait nommer comme subrogé-tuteur à ces deux mineurs le demandeur, le dit James Motz, qui était alors encore *mineur*, suivant l'énoncé de la déclaration ; que ces nominations seraient entachées de dol et de fraude, et auraient été faites dans le dessein d'accaparer et de convertir à l'usage et profit du dit Joseph Carrier, les biens du demandeur, ainsi que ceux de son frère et de sa sœur, et de les tenir sous sa dépendance et son contrôle. Puis, il est allégué que le dit Joseph Carrier, en sa qualité de *pro-tuteur du demandeur*, et de tuteur des dits William Andrew et Catherine Motz, se serait *frauduleusement* immiscé dans l'administration de leurs biens, et ne leur en aurait jamais rendu compte, et qu'abusant de la qualité de *gardien, pro-tuteur* et tuteur, il leur aurait *frauduleusement* fait consentir et signer divers actes et transactions, dans la vue de les dépouiller de leurs biens.

11. Le 27 avril, 1831, (Panet, notaire), le demandeur, James Motz, induit en erreur et trompé par son-beaupère,

lui aurait cédé tous ses droits (fonds, capitaux, fruits et revenus) tant dans la *succession de John Motz*, son père, que dans celle de sa mère, tant *comme héritier de son père*, que comme héritier de sa mère, à la charge d'acquitter tous les droits, frais et dettes, auxquels lui, le demandeur, pouvait être assujetti en ces mêmes qualités pour raison des dits droits successifs, et, de plus, pour la somme de £505 6 3 4-5 que le demandeur reconnut par le même acte avoir reçue du dit Joseph Carrier.

12. Puis, le demandeur allègue, dans sa déclaration, que cet acte de transaction le lésait et fraudait considérablement ; que cette transaction est nulle, " parce que la somme mentionnée, comme étant la *considération* du dit transport, ou telle partie d'icelle applicable aux droits immobiliers du dit James Motz, était de beaucoup au-dessous de la juste moitié de la valeur des dits droits immobiliers ; parce que le dit Joseph Carrier n'avait jamais rendu compte au dit James Motz, le demandeur, des successions et hérédité de ses père et mère, et que, partant, le dit Joseph Carrier ne pouvait pas légalement transiger à ce sujet avec le dit James Motz, et que l'estimation mentionnée au dit transport, comme étant la valeur des droits successifs, mobiliers et immobiliers, appartenant au dit James Motz, était basée sur des calculs faux et erronés, et beaucoup au-dessous de la valeur des dits droits, et parce que le dit James Motz était alors encore mineur, et parce que la dite transaction a eu lieu entre lui et le dit Joseph Carrier qui avait eu la garde de la personne et des biens du dit James Motz, *mineur*, en qualité de *beau-père* et *pro-tuteur*, et ce sans une reddition de compte préalable, accompagnée de pièces justificatives, et sans avoir fait un bon et loyal inventaire des dites successions, et sans avoir mis le dit James Motz en état de connaître la valeur des dites successions, et sans la présence d'un tuteur *ad hoc* ; duquel transport et de laquelle transaction le dit James Motz demande d'être relevé, sauf à tenir compte, en déduction de ses droits, au dit Joseph

Carrier ou ses représentants, des sommes de deniers que, lui, le dit James Motz, a reçues.

13. Le 7 Déc., 1833, (Panet, notaire,) il aurait été fait au dit Joseph Carrier, par le dit William Andrew Motz, un transport semblable à celui qui précède, et pour la même *considération*. Ce transport serait nul pour les mêmes causes.

14. Le 4 juillet, 1839, (Panet, notaire), Joseph Carrier rend un compte de la succession de Catherine Motz, (décédée en minorité comme il a déjà été remarqué); le dit compte approuvé par le dit William Andrew Motz, par acte du même jour, (Panet, notaire); mais on allègue que cette reddition de compte et l'acceptation qui en a été faite, sont nulles, "parceque le dit compte est informe, illégal, incorrect et incomplet, et n'a pas été accompagné de pièces justificatives, ni affirmé juste et véritable par le dit Joseph Carrier, etc., etc."

15. Le 30 avril, 1841, (Panet, notaire), Règlement de comptes entre le dit Joseph Carrier et le demandeur; par lequel règlement ils reconnaissent tous deux avoir réglé tous les comptes généralement quelconques qu'ils avaient ensemble, pour quelqu'objet que ce fût, y compris le montant dont le dit Joseph Carrier était comptable au demandeur pour sa part de la succession mobilière et immobilière de la dite Catherine Motz. Puis, on allègue que Carrier était, d'après ce règlement de comptes, reliquataire, envers le demandeur le dit James Motz, de la somme de £70 15 1, qui fut alors payée au dit James Motz; et celui-ci ratifia et confirma la reddition de compte ci-dessus mentionnée. Mais on ajoute, dans la déclaration, que ce règlement de compte est nul, "parcequ'il n'a pas été précédé d'une reddition de compte, valable et légale, accompagnée de pièces justificatives, ni affirmée juste et véritable etc."

16. Le 31 août, 1830, (Panet, notaire) Carrier a fait procéder à l'inventaire des biens de sa communauté avec la

dite Christiana McPhee, tant en son propre nom comme ayant été commun en biens avec elle, que comme son légataire en usufruit, et en propriété, pour un cinquième, que comme tuteur à Joseph Carrier, son fils, et aux dits W. A. Motz et Catherine Motz, légataires en propriété pour un cinquième dans la succession de leur mère ; cet inventaire fait en présence du demandeur, James Motz, aussi légataire pour un cinquième dans la succession de sa mère et subrogé tuteur des dits William Andrew et Catherine Motz ; mais cet inventaire, dit le demandeur, est nul, parcequ'il n'a pas été fait en présence du dit *Louis Harper*, tuteur des mineurs Motz, et le légitime contradicteur, parce que la qualité de tuteur prise par le dit Joseph Carrier était usurpée, parceque le demandeur, quoiqu'ayant agi comme subrogé tuteur, ne l'était pas de fait, et avait été induit en erreur à cet égard par le dit Carrier, parceque le demandeur était alors mineur et sous la puissance du dit Joseph Carrier, parce que cet inventaire serait incomplet, incorrect et faux, parce que Carrier y a énuméré, comme faisant partie de la communauté, des propres et des acquets de la dite Christiana McPhee, et n'y a pas tenu compte à la succession de cette dernière de plusieurs propres et acquets aliénés par lui durant la communauté.

17. Ayant perçu le prix de ces propres et acquets ainsi par lui aliénés, la communauté en était redevable envers la succession de la dite Christiana McPhee, au montant de la valeur d'iceux, savoir, £4000.

18. Faute d'un bon et loyal inventaire, il y aurait eu continuation de communauté, et partant les héritiers de la dite Christiana McPhee auraient droit de demander la moitié des biens délaissés par Carrier.

19. Le 17 juillet, 1820, (Scott, notaire), Carrier et sa femme, Christiana McPhee, auraient fait un don gratuit de £200, à chacun des trois enfants Motz, payable à leur âge de majorité. Ce don aurait été accepté, est-il dit, par la

dite Christiana McPhee, gardienne naturelle et pro-tutrice des dits enfants mineurs. Le dit don serait valable pour la moitié provenant de la dite Christiana McPhee, savoir, la somme de £300, laquelle appartient au demandeur, un tiers de son chef, un sixième comme héritier de sa sœur, un tiers plus un sixième, comme cessionnaire du dit W. A. Motz en vertu du transport ci-dessus mentionnée, et aussi en vertu d'un transport spécial à lui fait pour valeur reçue par le dit W. A. Motz, le 19 sept., 1844, avec intérêt légal depuis leurs âges de majorité.

20. Le 3 octobre, 1831, mariage de Carrier avec la défenderesse, la dite Henriette Moreau.

21. Le 2 sept., 1851, décès de Carrier, après avoir fait un testament solennel (Panet, notaire), par lequel il lègue l'usufruit et jouissance de tous ses biens à la dite Henriette Moreau, durant sa viduité, sa vie durant, et, après sa mort, le même usufruit et jouissance à Joseph François Emile Carrier, son fils, né de son mariage avec la défenderesse, à la charge de payer un tiers du revenu des dits biens, leur vie durant, à ses sœurs Marie Elizabeth Alvine et Marie Marguerite Cécile Carrier, nées du même mariage, déduction faite des frais d'entretien ; et quant à la propriété de tous ses biens, Carrier la donne aux enfants nés et à naître du dit Joseph François Emile Carrier, et à défaut de tels enfants, aux enfants qui naîtraient de ses dites filles.

22. Le 17 octobre, 1851, la dite Henriette Moreau est nommée tutrice de ses trois enfants mineurs, et le 14 juin, 1852, elle est de plus nommée tutrice *ad hoc* à la substitution créée par le testament de Carrier.

23. On allègue ensuite que Carrier, d'abord, et ses légataires ensuite, ont pris possession de la succession de la dite Christiana McPhee, de laquelle succession ils n'auraient pas fait d'inventaire ; que les défendeurs refusent d'en rendre compte au demandeur, de procéder au partage, et de lui payer ce qui lui est dû, ce qui lui cause, dit-

il, comme intéressé pour trois cinquièmes dans la succession de sa mère, des dommages qu'il porte à £24,000, outre les £300 qu'il a droit de réclamer en vertu du don gratuit ci-haut mentionné.

24. Enfin le demandeur conclut à ce que les actes suivants soient déclarés nuls et rescindés, 1o. le transport par lui fait à Carrier le 27 avril, 1831, 2o. le transport fait par le dit W. A. Motz au dit Carrier, le 7 décembre, 1833, 3o. le compte abrégé de la succession de la dite Catherine Motz, rendu par Carrier au dit W. A. Motz, (Panet, notaire,) le 4 juillet, 1839, ainsi que l'acceptation d'icelui par acte du même jour, 4o. le règlement et arrêté de tous comptes entre le demandeur et Carrier, en date du 30 avril, 1841, 5o. l'inventaire du 31 août, 1830 ; puis il demande le bénéfice de la continuation de communauté qu'il prétend avoir eu lieu entre lui et les représentants de Carrier, et finit par conclure à la confection d'un inventaire des biens de la succession de sa mère, à une reddition de compte, etc., etc., sinon à une condamnation de £24,300 à son profit, puis au partage et liquidation de la même succession, etc.

25. Dans une exception péremptoire, l'appelante allègue que le demandeur est non recevable en son action, 1o. à raison du laps de dix années entre agés et non privilégiés, écoulées depuis la confection des actes dont on demande la rescision, étant allégué que, lorsque ces actes ont été passés, le demandeur et ceux aux droits desquels il prétend être étaient majeurs ; 2o. à raison de ce que, lors de l'introduction de l'action, il y avait plus de dix ans que ces derniers étaient devenus majeurs ; 3o. à raison de ce que le don gratuit du 17 juillet, 1820, a été déclaré nul par jugement du 20 novembre, 1845, et que, partant, il y a *chose jugée* quant à cette partie de la demande fondée sur ce don gratuit.

A ces moyens d'exception, le demandeur a répondu 1o. que l'appelante ne peut invoquer la prescription de dix

ans relativement à la rescision demandée, attendu que Carrier avait été le *tuteur, pro-tuteur* et *gardien* du dit James Motz, et de son frère et de sa sœur, qu'il ne leur avait jamais rendu compte, ni produit de pièces justificatives, et que d'ailleurs Carrier, ayant l'usufruit, sa vie durant, de la succession de la mère du demandeur, cette reddition de compte est due par sa succession dont l'appelante est en possession ; et que cette prescription n'a pu commencer à courir que du jour du décès de Carrier, arrivé récemment ; 2o. que les actes, dont la rescision est demandée, sont entachés de dol et de fraude, et qu'en pareil cas il n'y a pas de prescription ; 3o. que l'exception de *chose jugée*, quant au don gratuit, n'est pas fondée, en ce que le jugement invoqué ne peut s'appliquer qu'à la moitié due par Carrier, laquelle n'est pas demandée, mais non à la moitié due par Christiana McPhee, par rapport à laquelle le don gratuit n'est pas nul, celle-ci pouvant disposer valablement de ses biens par donation en faveur de ses propres enfants.

Il y a aussi une défense *au fonds en fait* à l'action.

26. Après une longue enquête, jugement fut rendu *au mérite* le 5 sept. 1855, par lequel jugement la Cour “ déclare le dit inventaire du 31 août, 1830, et les actes “ du 27 avril, 1831, c'est-à-dire, le transport du demandeur à “ Carrier, du 7 déc. 1839, c'est-à-dire, le transport par “ William A. Motz à Carrier, et du 30 avril, 1841, c'est-à- “ dire, le règlement de tous comptes entre le demandeur et “ Carrier, nuls et rescindés, et remet le demandeur *ès dits* “ noms au même état et droits que s'ils n'eussent pas été “ passés, sauf à rendre compte de ce qui a été reçu par lui “ ou ceux aux droits desquels il agit, avec l'intérêt jusqu'au “ décès du dit Joseph Carrier ; condamne la défenderesse, “ *ès qualités* mentionnées en la déclaration, à rendre au “ demandeur, sous quatre mois de la signification du présent “ jugement, un compte bon et fidèle et sous serment de la “ gestion du dit Joseph Carrier, des biens appartenant aux

“ dits James Motz, William Andrew Motz et Catherine
 “ Motz, y compris le compte des biens meubles et im-
 “ meubles dépendants de la succession de la dite Christiana
 “ McPhee, comprenant tant ceux qui lui étaient propres,
 “ que ceux dépendants de sa communauté avec le dit
 “ Joseph Carrier, à l’époque du décès de la dite Christiana
 “ McPhee ; ordonne que pour constater les biens de la dite
 “ succession et de la dite communauté avec le dit feu Joseph
 “ Carrier, à l’époque du décès de la dite Christiana McPhee,
 “ il sera procédé, sous le délai ci-dessus, à en dresser bon
 “ et fidèle inventaire, suivant la loi.” Puis le jugement
 renvoie le demandeur de cette partie de sa demande qui
 a rapport au don gratuit et à la continuation de communauté
 après le décès de la dite Christiana McPhee ; réserve à faire
 droit ultérieurement sur les autres conclusions de la dé-
 claration, dépens réservés.

Ici il y a évidemment erreur dans la rédaction de la der-
 nière partie du jugement, en ce qu’il y est dit : “ admettant
 “ la prétention du demandeur quant au don gratuit men-
 “ tionné en la déclaration pour un dixième, savoir pour le
 “ cinquième de la moitié,” puisque le demandeur est en-
 suite renvoyé de la partie de sa demande, qui est relative à
 ce don gratuit. Du reste cette erreur dans la rédaction a
 été reconnue à l’audience par l’avocat de l’Intimé.

27. Motz n’ayant pas interjeté appel de la partie du juge-
 ment qui lui est défavorable, nous n’avons pas à nous occu-
 per de la question du don gratuit, ni de celle de la continua-
 tion de communauté. Il y a *chose jugée* à cet égard.

28. La partie du jugement, qui est favorable au deman-
 deur, est précédée de *considérants* ou *motifs* qui sont forte-
 ment et clairement exprimés, je les citerai bientôt. La
 plupart reposant sur une appréciation de faits, il faut d’abord
 rechercher si l’appréciation faite par les juges de la Cour
 de première instance, est une appréciation exacte, et de
 plus si elle est de nature à justifier les prétentions du de-
 mandeur.

29. Le fait principal, celui qui évidemment a exercé une grande influence sur la décision dont est appel, est celui qui concerne l'âge du demandeur, et celui de son frère William Andrew Motz. Quant à l'âge de leur sœur, Catherine Motz, il n'y a aucune difficulté, elle est morte en minorité, et ses frères sont ses héritiers.

30. James Motz était-il majeur, lors de la tutelle donnée à son frère et à sa sœur, le 21 août 1830, par l'ordonnance du juge, rendu sur l'avis du conseil de famille, dont il faisait lui-même partie comme " Majeur," et laquelle ordonnance à cette occasion lui décerna la charge de " Subrogé-tuteur " qu'il accepta.

J'avoue que la solution de cette question n'est pas sans difficultés. Il n'existe pas d'extrait baptistère de James Motz qui est né lorsque son père était sergent du " Nova Scotia Fencibles." Il a été produit une lettre des " autorités militaires," d'où il résulte que ce régiment a quitté Halifax, dans la Nouvelle-Ecosse, en mai, 1805, pour l'Isle de Terre-neuve, et qu'il a continué de faire le service dans cette isle jusqu'au 17 juin, 1814, jour auquel il s'est embarqué pour le Canada, et où il est arrivé entre le 25 juin et le 24 juillet, 1814. (Lettres du colonel Bazalgette et du capitaine Ingall, du 30 novembre, 1853, et du 26 novembre de la même année, et aussi lettre de J. Gillespie, Fort Major, St. Jean, dans l'Isle de Terre-neuve en date du 27 juin, 1853.)

En arrivant à Québec, il paraît que le régiment fut immédiatement dirigé sur Kingston, où arriva aussi en août ou sept. 1814, le 104^e régiment. Le nommé Duncan Campbell, entendu comme témoin de la part du demandeur, en vertu d'une commission rogatoire expédiée à l'Isle du Prince Edouard, et soldat dans le 104^e régiment, nous apprend qu'il avait connu Christiana McPhee avant son mariage avec le sergent John Motz. De ce témoignage ainsi que de celui de Catherine Murphy, dont il sera parlé bientôt, il résulte que le mariage de Motz avec Christiana McPhee remonte pour le moins à l'année 1805.

Le demandeur et son frère, William A. Motz, sont nés à Terre-neuve. Ils y sont nés de 1805 à 1814. Car ils sont venus en Canada avec le régiment de leur père. En 1815, celui-ci prit auberge sur le marché de la Haute-Ville de Québec. Plusieurs témoins, principalement du nombre des personnes qui fréquentaient cette auberge, lorsqu'elle était tenue par Motz, déposent de leurs âges d'après leurs souvenirs et les impressions que l'apparence de ces enfants avaient pu créer dans leur esprit. Comme on peut bien s'y attendre, ces témoins ne s'accordent pas sur l'âge qu'ils leur assignent. Les uns font naître James Motz en 1809, d'autres en 1810, 1811 et même de 1813 à 1814. L'apparence n'était donc pas un guide bien sûr, d'autant plus que quelques-uns de ces témoins ne peuvent pas jurer que le demandeur ne soit pas né avant 1809.

Un seul témoin reporte, d'une manière positive, la naissance de James Motz à l'année 1810, au mois d'octobre. C'est Catherine Murphy, de l'Isle du Prince Edouard, veuve de John Murphy, soldat au même régiment, elle dit même qu'elle a été la marraine du demandeur. Si son témoignage doit prévaloir, James Motz était encore mineur en 1830. Mais il y a des circonstances bien fortes qui contredisent ce témoignage. Il y a même des actes de famille faits du vivant de la mère du demandeur, d'où il résulterait que celui-ci était majeur en 1830. Qui peut mieux connaître l'âge d'un enfant, que la mère ? Et si Carrier a été de bonne foi porté à regarder Motz comme né à une époque de manière à être majeur dès 1830, de qui a-t-il pu acquérir cette connaissance, si ce n'est de la mère, devenue sa femme, et cela dans un temps où il était bien indifférent à Carrier que le demandeur eût un an de plus ou de moins ? Dans l'acte de tutelle du 23 sept. 1823, il est dit que James Motz était âgé d'environ 14 ans, ce qui fait remonter sa naissance à 1809, et le rend majeur en 1830. Au collège de Québec, sur la déclaration que Motz fait lui-même au directeur, le révérend M. Parent, son âge est entré dans un

livre tenu à cette fin, le 1 octobre 1824, comme étant alors âgé de 15 ans et 2 mois, ce qui reporterait sa naissance au moins au mois de juillet 1809, et le ferait majeur à l'époque de la tutelle du 21 août 1830. Qui a pu le porter à déclarer son âge d'une manière si précise, si ce n'est la connaissance qu'il en avait eue de sa mère. Avant de procéder à l'acte de tutelle du 21 août, 1830, Motz affirme au notaire Panet, qui lui demande son âge, qu'il est majeur ; et il est, dans cet acte auquel il prend part comme membre du conseil de famille, mentionné comme tel ; il est même nommé subrogé-tuteur. Lors de son mariage avec dame Félicité Drolet, le 3 mai, 1831, Motz se dit fils majeur. En présence de ces faits qui ont d'autant plus de force qu'ils sont nécessairement le résultat de la foi que naturellement on a dû attacher aux déclarations de la mère sur l'époque de la naissance de son fils, je ne puis faire autrement que d'en venir à la conclusion que le demandeur devait avoir atteint sa majorité, non-seulement au temps de l'inventaire, mais même lorsqu'il fut nommé subrogé-tuteur de son frère et de sa sœur, et que son beau-père, Carrier, était justifiable de le traiter alors comme majeur. L'assentiment de Carrier à la nomination de Motz à la charge de subrogé-tuteur est une preuve irréfragable que la croyance de Carrier était sincère, et qu'il était dans la bonne foi lorsqu'il traitait ainsi le demandeur. En supposant Carrier aussi intelligent qu'on l'a représenté, et en le supposant, comme le donne à entendre l'intimé, mû par la pensée de frustrer les enfants Motz de leurs droits dans la succession de leur mère, son consentement au choix du demandeur comme subrogé-tuteur, s'il le savait mineur, serait inexplicable. Il voulait un légitime contradicteur à l'inventaire qu'il se proposait de faire. Or il devait savoir, pour peu qu'il fût intelligent, qu'il n'aurait point ce légitime contradicteur dans la personne d'un subrogé-tuteur dont la nomination eût été nulle pour cause de minorité, et qu'il s'exposait par là à perdre tout le bénéfice de cet inventaire.

Quant au témoignage de Catherine Murphy, il est à remarquer que cette femme est bien âgée, et qu'examinée à une époque si éloignée des faits dont elle dépose, elle a pu facilement se tromper et prendre James Motz pour John Motz, son frère, décédé à Terrebonne pendant que le père y était en garnison.

31. A mes yeux la majorité de l'intimé aux époques dont il s'agit, est un fait acquis à la cause de l'appelante ; ainsi je ne peux pas concourir dans le *considérant* du jugement, qui déclare, en fait, que l'intimé " était mineur lors du prétendu inventaire fait à Québec, par le ministère du dit M. Louis Panet et de son confrère, le 31 août, 1830, par le dit Joseph Carrier, des biens de la communauté d'entre lui et la dite Christiana McPhee, ainsi que le 27 avril, 1831, date du prétendu transport de droits successifs par le dit demandeur au dit Joseph Carrier par acte devant le dit M. Panet et son confrère."

32. Au susdit inventaire, l'intimé était donc un légitime contradicteur, tant pour lui-même que pour son frère et sa sœur. Je ne puis donc pas concourir dans le *considérant* du jugement qui déclare " que le dit prétendu inventaire est " nul en droit comme fait *sans contradicteur*."

De plus, Carrier n'ayant jamais été le tuteur de l'intimé, nul doute que celui-ci, devenu majeur, ne pût traiter avec lui de ses droits dans la succession de sa mère. Cela dispose de la demande en autant qu'elle a rapport au cinquième que Motz réclame de son propre chef.

33. Quant à l'âge de William Andrew Motz, nul doute qu'il ne fût encore mineur lors de l'inventaire. Mais je suis d'avis que la preuve des faits nous le montre majeur le 7 décembre, 1833, date de son transport à Joseph Carrier. D'abord, des témoins qui déposent de l'âge des enfants Motz d'après leur apparence seulement, il est vrai, lorsqu'ils étaient en bas âge, ceux qui assignent l'année 1810 comme

devant être l'année de la naissance de James Motz, font remonter la naissance de son frère à l'année 1812. Selon la femme Murphy, Andrew Motz serait né entre octobre, 1812, et juin, 1813, pendant que cette femme était absente de l'Isle de Terre-neuve. Dans l'acte de tutelle du 23 sept. 1823, il est mentionné comme étant alors âgé de huit ans, ce qui fait également remonter sa naissance à peu près à une époque correspondante de la même année, 1812. D'où je conclus qu'il doit être censé avoir atteint sa majorité quelque temps avant le 7 décembre, 1833. Le fait même du transport qu'il consentit à Carrier, ce jour là, n'est pas sans ajouter une grande force à cette conclusion. Carrier pouvait peut-être ignorer qu'il n'était pas prudent pour un tuteur de traiter avec son pupille, devenu majeur, avant de lui avoir rendu compte ; mais un homme intelligent comme lui ne pouvait pas ignorer qu'il eût été bien imprudent de le faire avec un pupille encore en minorité. On doit être porté à croire qu'il s'en serait bien gardé.

34. Je suis donc d'opinion que la majorité de William Andrew Motz, à l'époque du transport dont il s'agit, est un fait acquis en preuve à la cause de l'appelante. Ainsi je ne puis pas concourir dans le *considérant* du jugement qui déclare " que le dit William Andrew Motz était *mineur* lors " de la prétendue cession par lui faite au dit Joseph Carrier, " par acte devant M^{re} Panet et son confrère, en date du 7 " déc., 1833."

35. Du reste, dans les circonstances de la cause, il incombait au demandeur, qui s'était dit majeur, et qui savait que son frère en avait fait de même, aux diverses époques dont il est question, de présenter une preuve qui ne pût laisser aucun doute sur le fait de leur minorité à ces mêmes époques, en démontrant clairement que leur déclaration de majorité était le résultat de l'erreur ou de quelque autre cause. Assurément l'on ne saurait prétendre que la preuve sur laquelle le demandeur s'appuie présente ce caractère.

36. Avant de procéder plus loin, je dois faire remarquer que, bien que le demandeur ait allégué dans sa déclaration, que l'acte de tutelle du 21 août, 1830, était nul à raison d'une tutelle préexistante, il n'a pas cependant pris de conclusion à l'effet de faire prononcer cette nullité. Même plus, dans sa réponse à l'exception de la défenderesse, il invoque, pour repousser cette exception, cette même qualité de tuteur qu'aurait eue Carrier, et les incapacités légales dont elle frappait celui-ci, quant à tout contrat ou transaction entre lui et ses pupilles. Nous voyons de plus cette qualité reconnue par le jugement de la Cour Supérieure, lorsque, dans un des *considérants*, cette Cour déclare " que " lors des dits actes respectifs du 27 avril, 1831, et 7 déc., " 1833, il n'a été rendu par le dit Joseph Carrier aucun " compte de la tutelle qu'il avait gérée et administrée," lorsqu'ensuite elle condamne ses représentants à rendre au demandeur un compte de cette *gestion*. Et ce jugement, l'intimé le défend en entier, et nous en demande la confirmation, tandis que de son côté, la partie adverse, tout en attaquant la condamnation prononcée contre elle, admet cette qualité de tuteur dans la personne de Carrier. Puisque les deux parties s'accordent maintenant sur ce point, cela me dispense d'entrer dans l'examen de la question de la validité ou invalidité de la tutelle qui sert de base au jugement. Cette question, en outre, ne nous est pas soumise, le demandeur n'ayant pas appelé du jugement qui l'a décidée dans l'affirmative. L'absence de la qualité de tuteur eût privé l'intimé des principaux moyens de nullité qu'il cherche à faire valoir, et qui sont fondés sur la nature des relations particulières qui existent entre un tuteur et son pupille.

37. Supposant l'absence d'une reddition de compte de la part de Carrier, cela frapperait-il de nullité, ou plutôt exposerait-il à rescision, l'acte de transport du 27 avril, 1831, fait par James Motz à Carrier, celui fait au même Carrier par William Andrew Motz, le 7 Décembre, 1833, l'acte du 4 juillet, 1839, en forme de " compte abrégé "

des biens mobiliers et immobiliers de la succession de Dlle Catherine Motz, rendu par Carrier au dit William Andrew Motz, et l'acceptation ou ratification d'icelui par acte du même jour, enfin le règlement ou arrêté de compte de tous comptes entre le demandeur et Carrier, en date du 30 avril, 1841 ?

Cette question en suggère naturellement une autre qu'il faut d'abord examiner. Même en supposant que Carrier eût été tuteur du demandeur, qualité que néanmoins il n'a jamais eue, avait-il, dans les circonstances particulières que présente cette instance, un compte à rendre aux enfants Motz ? S'il avait un tel compte à rendre, c'est que ces enfants avaient des biens à administrer du vivant de Carrier, et que celui-ci les a en effet administrés, ou doit être censé les avoir administrés pour eux et pour leur profit.

Mais, si les enfants Motz n'avaient pas de biens qui fussent dans cette condition, quel compte Carrier avait-il à leur rendre ? Aucun. Examinons les faits.

D'abord quant à la succession de leur père. Il n'a rien été dévolu aux enfants Motz dans cette succession. Tous les biens qui la composaient sont devenus, par testament, la propriété absolue de leur mère.

Ce qu'ils ont droit de recueillir dans la succession de celle-ci, consiste, pour chacun d'eux, en un cinquième des biens de cette succession, qu'elle leur a légué en propriété par son testament du 24 déc., 1828. Mais Carrier a, sa vie durant, l'usufruit et jouissance de ces trois cinquièmes, en vertu du même testament. Ce n'est qu'à sa mort, et par conséquent à sa succession seulement, que les enfants Motz peuvent demander la possession des biens que leur mère leur a légués, et commencer à en avoir la jouissance à leur profit. Jusque là l'administration, dont ces biens sont susceptibles, appartient à Carrier, pour son profit seul, et non pour celui des enfants Motz.

Il est établi que ces enfants n'avaient pas d'autres biens qui pussent tomber sous l'administration d'un tuteur, protecteur ou gardien, selon les termes de la déclaration du demandeur.

Ainsi, en fait, nulle administration par Carrier pour les enfants Motz, faute de biens à administrer, or, une reddition de compte suppose nécessairement une administration. S'il n'y a pas eu d'administration, si même, comme dans l'espèce actuelle, une telle administration n'était pas possible, il ne peut donc pas y avoir de compte à rendre.

Le moyen de nullité que le demandeur fonde sur le défaut d'une reddition de compte n'est donc pas soutenable. Du vivant de Carrier, un inventaire des biens de la succession de Christiana McPhee était le seul acte qu'il pût être appelé à faire pour la constatation de ces biens dans l'intérêt des enfants Motz comme légataires de leur mère, en supposant qu'il ne pût invoquer avec effet la clause d'exemption de faire inventaire, portée dans le testament.

38. Ce qui précède conduit nécessairement à la conclusion que James Motz n'est pas fondé à demander, à raison de l'absence d'une reddition de compte, l'annulation ou rescision des actes dont il s'agit.

" Il suffit," lisons-nous dans le Dict. de Législation de Dalloz, " qu'un mineur n'ait d'autre fortune qu'une constitution en argent payable *à sa majorité*, et n'ait aucun bien à administrer, pour qu'il n'y ait lieu à aucune reddition de compte tutelaire de la part du tuteur, et que, par suite, l'on ne puisse faire annuler, pour n'avoir pas été précédé d'un tel compte, le traité passé entre le tuteur et son pupille " (No. 316.)

Cette règle de décision a coutume de prévaloir dans la jurisprudence française, même en présence du texte formel de l'art. 472 du Code Napoléon, qui porte " tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu ma-

“jeur, sera nul, s’il n’a été précédé de la reddition d’un
 “compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives ;
 “le tout constaté par un récipissé de l’oyant-compte, dix
 “jours au moins avant le traité.”

39. Des actes de la nature de ceux dont il s’agit, en supposant qu’ils puissent être attaqués, ne sont pas nuls de plein droit, ils sont seulement annulables ou sujets à rescision. Nul doute que l’action fondée sur leur annulabilité ne dût être portée dans les dix ans. L’appelante est bien fondée à invoquer cette prescription dans les circonstances de la cause. “Les décharges de compte de tutelle, quoique
 “données *non visis tabulis, non dispunctis rationibus*, ne
 “peuvent plus être attaquées après les dix années de leur
 “date, postérieure à la majorité, suivant les arrêts rap-
 “portés par MM. Louet et Brodeau, son annotateur, sous la
 “lettre T, sommaire 3, ce temps ayant été jugé suffisant
 “pour que le mineur devenu majeur pût examiner s’il avait
 “été lésé.” (1)

“La jurisprudence du Parlement de Paris est que le mi-
 “neur doit se pourvoir dans les dix ans de sa majorité, contre
 “la transaction faite avec son tuteur, avant le compte, et
 “*non visis tabulis*, sinon, qu’il est non recevable après les
 “dix ans.”

Lorsque le demandeur a porté son action, il s’était écoulé plus de vingt ans depuis son transport à Carrier du 27 avril, 1831, plus de dix huit ans depuis celui de William Andrew Motz, qui est du 7 déc., 1833, plus de douze ans depuis le traité fait entre ce dernier et Carrier, le 4 juillet, 1839, au sujet de la succession de Catherine Motz ; et il y avait plus de onze ans que le règlement de comptes entre le demandeur et Carrier avait été fait, ce dernier acte étant du 30 avril, 1841, et l’action du demandeur n’ayant été intentée que dans le mois de juin, 1852. Ainsi le demandeur doit supporter la peine de la faute qu’il a commise de ne s’être pas pourvu en temps utile.

(1) Ancien Denizart, au mot “Tutelle,” p. 117, No. 103.

40. Reste à examiner la question de dol et fraude dont le jugement déclare l'inventaire entaché. C'est une question de fait, laissée en entier à l'appréciation du juge.

Il est peut-être inutile de parler de l'effet que peut avoir la clause d'exemption de faire inventaire, puisque Carrier a jugé à propos d'en faire un qui le lie, de même que si cette clause d'exemption ne se trouvait pas au testament de Christiana McPhee. Je ne suis pas porté à donner à cette exemption un effet aussi absolu que celui qu'on a voulu lui donner. Je ne crois pas que le conjoint qui en est l'objet soit entièrement et pour toujours exempt de faire inventaire.

On invoque la règle que "qui peut le plus, peut le moins," et l'on dit que, puisque d'après nos lois, Christiana McPhee pouvait bien donner à Carrier tous ses biens, propriété comme usufruit, elle pouvait valablement le décharger de l'obligation que la loi impose au survivant de deux conjoints de faire inventaire. Il me semble que c'est là une erreur. C'est précisément parce que Christiana McPhee n'a pas donné tous ses biens en propriété à Carrier, lorsqu'elle pouvait le faire, et qu'elle en a donné une partie à ses enfants, que l'exemption de faire inventaire ne saurait être absolue, de manière à ôter aux enfants, pour l'intérêt desquels la loi a établi cette formalité, tout moyen de se protéger contre l'infidélité du survivant. Quoique, du vivant de Carrier, les enfants n'eussent que la nue propriété, il leur importait beaucoup d'en faire constater la valeur et l'étendue aussitôt que possible après le décès de leur mère, afin de se garantir contre une perte possible, même presque toujours certaine, lorsqu'après un grand nombre d'années, le mineur ou l'héritier n'a plus d'autres moyens que les preuves qui peuvent être établies par la commune renommée, preuves qui, comme l'observe un auteur, sont toujours vagues, incertaines et le plus souvent ruineuses. Les enfants Motz avaient le droit de disposer de cette nue propriété, même pendant la vie et la jouissance de Carrier, et d'en tirer le plus grand parti possible. Com-

ment auraient-ils pu le faire, sans inventaire, sans constatation préalable de l'étendue de cette propriété ? Je serais donc porté à embrasser l'opinion que, nonobstant la clause d'exemption, les enfants Motz ont conservé le droit d'avoir un inventaire, et que le plus grand effet qu'on pouvait donner à cette clause était celui de soustraire Carrier à l'obligation de faire inventaire, tant que cet inventaire ne lui aurait pas été demandé. On ne saurait, ce me semble, l'étendre au-delà, si l'on veut, comme l'équité du moins l'exige, concilier tous les intérêts existants, sans porter préjudice aux uns ou aux autres. Il n'a pas dû entrer dans la pensée de la testatrice qu'il en fût autrement. Mais, supposant que la clause du testament soit susceptible de produire un effet plus étendue, celui d'une exemption absolue, toujours est-il que l'obligation que Carrier aurait été ainsi dispensée de remplir, était l'obligation du *conjoint*, et non du *tuteur*. En acceptant, après la mort de sa femme, la tutelle de deux de ses enfants, Carrier ne se soumettait-il pas à l'obligation de faire inventaire, par cela seul qu'il était de l'intérêt de ces mineurs que cet inventaire fût fait ? Au reste, il n'est pas nécessaire de porter plus loin l'examen de cette question, puisqu'un inventaire existe ; cela suffit aux fins de cette cause, que Carrier ait lui-même pris l'initiative de son propre mouvement, ou qu'il ne se soit déterminé à faire cet inventaire que parce qu'il lui était demandé par James Motz, tant en son propre nom que comme subrogé-tuteur des deux mineurs.

41. Le considérant du jugement, qui déclare que l'inventaire du 31 août, 1830, est " entaché de lésion, dol et fraude, " et confond les biens propres à la dite Christiana McPhee " avec ceux de la communauté," est il un énoncé justifié par les faits tels que la preuve nous les présente ? Il y a deux parties dans cet énoncé, la dernière est vraie en quelques sorte, celle qui a rapport à la confusion des biens. Le premier mari de Christiana McPhee avait laissé des immeubles qui sont devenus des propres à celle-ci, à l'égard

de sa communauté avec Carrier. Ils ont été aliénés pendant cette communauté qui en a reçu le prix. Cette aliénation donnait donc lieu à reprise ou prélèvement, en faveur des représentants de Christiana McPhee, lors de la dissolution de la communauté. Dans l'inventaire, et, par suite, dans le compte rendu par Carrier pour servir de base à ses transactions avec les enfants Motz, le prix de ces propres se trouverait, par le fait, comme ayant été versé dans la communauté, selon les énoncés du jugement, avoir été porté et partagé comme faisant partie de l'actif de cette communauté. En ce sens, il y a eu confusion ; confusion née sans doute, ou de l'erreur du notaire, ou de celle de Carrier, qui a pu croire qu'une fois ces propres convertis en argent, la communauté en profitait. Par suite de cette erreur, Carrier se trouve avoir reçu dans sa part, comme conjoint, au préjudice de la succession de sa femme, la *moitié* du prix des propres ainsi aliénés, tandis qu'il n'aurait dû en toucher qu'un cinquième à lui légué en propriété ; et que des quatre autres cinquièmes dont il avait l'usufruit seulement, un appartenait en propriété à son propre fils, et les trois autres aux enfants Motz. L'opération qui a eu cette erreur pour base a porté préjudice à ces derniers, en ce que le prélèvement, auquel ils auraient eu droit, n'a pas été fait. Mais cette erreur, par cela même qu'elle était une erreur grossière, était bien facile à découvrir, surtout par une personne qui, comme l'intimé, appartient à la profession d'avocat. Elle était de nature à donner lieu à une demande en rectification, mais non à une demande en rescision en entier de l'inventaire et du compte rendu. Cette rectification, lorsqu'elle se fera, portera peut être un préjudice notable à la succession de Carrier, puisque, selon les circonstances, cette succession pourra être exposée à payer une seconde fois aux enfants Motz partie de leurs parts dans la reprise à faire du prix des propres aliénés, les enfants Motz se trouvant avoir déjà reçu de fait cette même partie par la première opération. Dans une erreur aussi facile à découvrir, et dont la rectification pouvait même injustement

porter préjudice à Carrier ou à sa succession, ainsi que je viens de l'indiquer, je ne peux pas voir, d'après les circonstances du procès, un fait de dol et de fraude qui puisse justifier l'imputation qui a été faite, et entacher de nullité tout l'inventaire dont il s'agit. La Cour Supérieure elle-même n'aurait peut-être pas accueilli cette imputation, si elle n'eût eu à considérer que le fait isolé auquel elle se rapporte, et non la question plus grave de la minorité des enfants Motz. Il est évident que la conclusion à laquelle elle en est venue sur ce dernier point, celle que le demandeur et son frère étaient encore mineurs à certaines époques déjà spécifiées, a exercé une grande influence sur tout le reste du jugement. En effet, le fait connu de la minorité de James Motz lors de son transport à Carrier, de sa nomination à la charge de subrogé-tuteur, et de la confection de l'inventaire, eut été un fait qui, en excluant toute idée de bonne foi de la part de Carrier, l'aurait justement exposé à l'imputation de dol et de fraude que le demandeur cherche à faire peser sur lui aujourd'hui. Cette conclusion, relative à l'âge de James Motz, me paraissant donc celle qui, étant prise pour base de son jugement, a conduit la Cour Supérieure à accueillir l'accusation de dol et de fraude, il s'ensuit que la conclusion contraire que j'ai formée sur l'âge du demandeur et celui de son frère, doit me faire rejeter cette accusation. Que le demandeur exerce, s'il est encore à temps, l'action spéciale en rectification. Qu'il l'exerce de même à l'égard de la créance Scott, si elle a été réellement payée à Carrier, ou si la solvabilité du débiteur peut être prouvée de manière à obliger Carrier à en rendre compte. L'omission de mention de cette créance ne doit pas entraîner l'annulation de l'inventaire, pas plus que le doit faire semblable omission de prétendues créances de quelques personnes indiquées dans la cause, que, d'après la preuve, nous devons regarder comme étant notoirement insolvable dès le temps du décès de Christiana McPhee. Cette insolvabilité notoire rend compte de l'omission de telles créances ; et quoiqu'il eût été sans doute mieux d'en faire mention, je ne peux pas

voir, dans cette omission, un fait qui justifie l'imputation de dol et de fraude dont on prétend l'inventaire entaché. Si ces personnes étaient ainsi insolvable, l'omission n'a porté aucun préjudice aux enfants Motz. Si, au contraire, elles étaient solvables, l'inventaire ne privait pas ces enfants de leur recours, tout en subsistant pour ce qu'il contenait.

S'il y a des erreurs de calcul, et il paraît en effet y en avoir quelques unes, elles peuvent donner lieu à une demande en rectification, mais elles ne frappent de nullité ni l'inventaire, ni les traités que Carrier a fait avec le demandeur et son frère. Il en devait être de même de quelques effets de la communauté, que le demandeur, quoique présent lui-même à l'inventaire, prétend néanmoins avoir été estimés bien audessous de leur valeur, tels qu'une montre d'or, sa chaîne et une tabatière.

42. Le demandeur, pour justifier l'imputation de dol et de fraude, a prétendu que la communauté était, au décès de sa mère, beaucoup plus opulente que l'inventaire ne la présentait. Rien n'est plus vague, plus incertain, que la preuve qu'il a faite à cet égard. Motz, père, à sa sortie du régiment en 1815, prend auberge sur le marché de la haute-ville de Québec ; il ne la tient que pendant quatre ans, étant décédé en 1819. Dans la même année, sa veuve épouse Joseph Carrier, garçon boucher, lequel continue à tenir la même auberge qui, naturellement, était fréquentée par ses anciens compagnons de métier et par les charretiers qui stationnent sur la place publique. C'est parmi ces personnes que l'on a recruté les principaux témoins pour établir le chiffre des richesses de la communauté, au moyen de la commune renommée. Notre embarras serait bien grand, si nous avions à fixer ce chiffre d'après les opinions si diverses de ces témoins. Suivant les uns, la fortune de Christiana McPhee aurait été fabuleuse ; suivant d'autres, elle et son mari faisaient un commerce prospère, il est vrai, mais modeste. Il paraît que le jeune garçon boucher aimait à se

vanter, et à grossir, dans ses conversations, avec ses amis, les richesses de la veuve qu'il avait épousée. Il disait à l'un : j'ai pris une femme riche, j'ai trouvé " une table bien mise " ; et, de pareils propos, il paraît que ses amis ont conclu que Carrier devait nager dans l'or et l'argent, et qu'à la mort de sa femme, arrivée en 1829, la communauté devait posséder des milliers de louis, si ce n'est des millions.

Il a été souvent question d'une maison, rue St. Pierre, basse-ville de Québec. Ce n'est qu'en 1827, deux ans avant la mort de sa femme, que Carrier achète cette maison pour le prix de £2,500 qu'il se vante d'avoir payé comptant, en ajoutant qu'il avait encore assez d'argent dans son coffre pour en acheter une autre au même prix. Cependant, pour pouvoir payer comptant la maison de la rue St. Pierre, il emprunte de M. Leaycraft la somme de £500. Ses amis, faciles à persuader, n'en croient pas moins fort et ferme qu'il devait posséder alors une fortune de 10, 15 ou 20 mille louis, si ce n'est même bien au-delà.

On ne saurait avoir une meilleure idée de la nature de ces témoignages fondés sur la commune renommée que celle qu'en peut donner celui de Jean-Baptiste Robert, d'abord scieur de long, puis charretier, et enfin journalier. C'est un témoin produit par le demandeur. Il dit qu'il a bien connu les Motz et Carrier. Il pense que Motz, père, pouvait bien, à sa mort, valoir de £10,000 à £15,000. (C'est une somme assez ronde, et un assez beau résultat pour l'exploitation d'une auberge pendant quatre ans seulement.) Le témoin dit : " j'étais alors charretier, et je fréquentais la maison plusieurs fois par jours." Carrier lui a dit qu'il avait payé la maison de la basse-ville £1,600 ; (On a vu qu'il l'avait payée £2,500) ; puis le témoin ajoute qu'elle aurait pu être vendue *quatre fois le double*. Si, par là, il estime la maison à quatre fois £1,600, c'est-à-dire à £6,400, assurément les enfants Motz ont bien raison de se plaindre de ce que sa valeur n'a été portée, dans l'inventaire, qu'à la somme de £2,500, bien que ce chiffre fût ce-

lui du prix d'achat. Le même témoin Robert, estime à £550 ou £600 la terre que Motz, père, avait acquise à Valcartier, et qui était devenue propre de communauté à sa veuve, Christiana McPhee, lors de son mariage avec Carrier. Ce n'est pas trop, surtout s'il est vrai que Carrier a vendu cette terre £1,000, ainsi qu'un autre témoin du demandeur, le nommé Michel Langlois, affirme tenir le fait de la bouche même de Carrier. Cependant l'acquéreur de cette terre, le nommé Sullivan, un autre témoin du demandeur, nous apprend que le prix de cette acquisition a été de la somme de £315 seulement. Enfin le témoin Robert dit qu'à la mort de Motz, son fonds de magasin pouvait valoir la somme de £250. Assurément, une évaluation aussi modique ne peut pas s'accorder avec les prétentions du demandeur, ou bien il faut présumer que le sergent Motz, content d'avoir réalisé en 4 ans, une fortune de £10,000 à £11,000, avait, quelque temps avant que la mort l'eût enlevé, pris la détermination de vivre de ses rentes et d'abandonner son commerce. Je le demande, est-il possible d'asseoir un jugement sur de semblables témoignages ? Ne démontrent-ils pas combien est vague et incertaine, le plus souvent, la preuve que fournit la commune renommée.

43. Ajoutons à ce qui précède, deux autres considérations : la première que Carrier n'est plus, et qu'il est maintenant représenté par une personne qui a été étrangère à l'inventaire dont il s'agit, qui même, et cela est bien probable, n'a jamais vu les effets de la communauté d'entre Carrier et sa première femme, ni connu les affaires de cette communauté ; la deuxième, c'est qu'avant l'inventaire, le demandeur avait lui-même tenu les livres de Carrier, et qu'il devait connaître ou avait eu les moyens de connaître l'état de la fortune qu'avait laissée sa mère, aussi bien, si ce n'est même mieux, que Carrier lui-même.

Au premier cas, si l'inventaire du 31 août, 1830, est annulé, quel moyen aura l'appelante de faire le bon et loyal inventaire qu'on lui demande aujourd'hui ? Ne serait-elle

pas de toute nécessité contrainte à prendre, pour base du nouvel inventaire, le contenu de l'ancien, tant pour ce qui regarde la nature et la qualité des effets à inventorier, que pour ce qui regarde la valeur que ces effets pouvaient avoir ? Ne serait-ce pas, dans le fait, une simple répétition du premier inventaire qu'elle aurait à présenter en obéissance au jugement qui la condamne à faire ce nouvel inventaire ? Il est vrai qu'elle pourrait y ajouter la mention de la reprise à faire à raison de l'aliénation des propres de Christiana McPhee, et la mention de créances désespérées à raison de l'insolvabilité notoire des débiteurs, si toutefois ces créances existaient encore au temps de la dissolution de la communauté. Mais le premier inventaire, faute de cette mention, ne privait pas le demandeur, ni son frère, ni sa sœur, de l'exercice des droits qui pouvaient leur compéter à cet égard. Ils avaient l'action en rectification ou réformation. Assurément après le long temps qui s'est écoulé, et dans la situation particulière où se trouve l'appelante, situation qui lui fait presque une impossibilité de satisfaire au jugement, l'équité exige que le premier inventaire soit maintenu, et qu'on reconnaisse qu'après cet inventaire la seule action qui restait aux enfants Motz était l'action spéciale que j'ai indiquée. Cette raison d'équité se présente avec d'autant plus de force qu'elle s'appuie encore sur la deuxième considération que j'ai posée plus haut, la connaissance préalable que le demandeur avait personnellement eue, ou avait été à même d'avoir, de l'état de la succession de sa mère, lorsque l'inventaire fut fait ; et si l'on réfléchit qu'étant majeur et subrogé-tuteur de son frère et de sa sœur, il a été présent à cet inventaire comme légitime contradicteur, que, de plus, il n'était pas le seul légitime contradicteur présent, qu'il y en avait un autre, le subrogé-tuteur de Carrier, fils, frère utérin du demandeur, il me semble que tout concourt à repousser l'imputation de dol et de fraude, et à faire regarder l'inventaire comme sincère, jusqu'à preuve, mais preuve claire, précise et évidente du contraire. Or cette preuve n'existe pas dans la procédure,

si ce n'est pour ce qui regarde quelques objets. Et encore ne s'agit-il que de quelques omissions ou quelques erreurs de calcul, qui ne devaient donner lieu qu'à une action spéciale pour les rectifier.

44. La circonstance que l'huissier priseur Williams, qui a été employé à faire l'évaluation des effets portés en l'inventaire, n'a pas été assermenté par le notaire Panet, n'est pas un fait qui frappe cet inventaire de nullité ; d'autant plus qu'il est prouvé que l'usage, à Québec, est d'admettre les huissiers, en vertu de leur serment d'office, à faire la prisee aux inventaires. Je pense bien que, si le demandeur n'avait eu à invoquer que ce seul fait isolé, son action n'aurait jamais été portée.

45. Quant à la prétendue *lésion*, si le demandeur est bien convaincu qu'elle existe, et qu'il a un droit d'action à cet égard, c'est encore à la voie d'une action spéciale qu'il aurait dû avoir recours.

46. Le demandeur a eu tort de prétendre que l'action en rescision ne pouvait être ouverte que par la mort de Carrier. Son action pour se faire mettre en possession des biens légués en propriété à lui et aux deux autres enfants Motz, et dont Carrier avait l'usufruit, ne pouvait être ouverte qu'à cette époque. Mais il n'en était pas de même de l'action en rescision qui pouvait lui compéter à l'égard de l'inventaire et des autres actes qu'il attaque. Cette action était ouverte du moment que ces actes ont été passés.

47. Une autre considération importante qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est que la jouissance que les enfants Motz pouvaient avoir des biens que leur mère leur avait légués, était, pour ainsi dire, d'une nature aléatoire. Elle était subordonnée à l'usufruit légué à Carrier. Carrier est mort en 1851, seulement âgé de 57 ans. Il y avait déjà plus de vingt ans qu'il avait payé à Motz le demandeur, une somme excédant £500, comme valeur de son cinquième, et par conséquent plus de 20 ans que Carrier s'était dépouillé de

ce capital produisant un intérêt annuel de £30 au profit du premier. Carrier aurait pu vivre 20 ans de plus, et, par conséquent, être privé du même capital pendant le même espace de temps. Par suite de son traité avec Carrier, le demandeur se trouve avoir été mis en possession de son cinquième vingt ans plutôt qu'il n'y aurait eu droit sans ce traité ; il était de plus exposé à voir sa mise en possession retardée vingt ans de plus. Ajoutant l'intérêt au capital, sans parler d'intérêt composé, le demandeur, à la mort de Carrier, s'est trouvé avoir touché une somme excédant £1,100, laquelle somme se serait élevée à £600 de plus, si la vie de Carrier avait été prolongée de vingt ans. Il me semble que, s'il y a eu quelque'avantage à faire le traité du 27 avril 1831, cet avantage n'était pas exclusivement pour Carrier. Le demandeur en a eu sa bonne part. Cela s'applique également aux autres enfants Motz représentés maintenant par l'intimé.

48. Je n'ai plus qu'une observation à présenter. N'est-il pas étrange que le demandeur ait attendu la mort de son beau-père pour porter l'action en nullité et en rescision dont il s'agit ? Carrier était seul capable de défendre à cette action, en connaissance de cause ; lui seul et le demandeur pouvaient expliquer ce qui s'est passé entr'eux. L'on a dit, pour soustraire Motz au reproches mérités que lui fait à cet égard la veuve de Carrier, que celui-ci lui avait souvent promis de lui donner, dans sa succession, une part égale à celle de ses autres enfants, et qu'il craignait de perdre la chance de réaliser le bénéfice de cette promesse, s'il mécontentait son beau-père en intentant de son vivant une action semblable à celle qu'il vient de diriger contre sa veuve. C'est une bien faible excuse de la part du demandeur, surtout lorsqu'on voit qu'il n'a pas craint, en 1845, de s'exposer au risque de mécontenter Carrier, en intentant une action contre lui pour la chétive somme de £300, moitié du prétendu don gratuit dont il a été question en cette cause. Il eut certainement mieux valu pour lui de ne présenter au-

cune excuse, que d'en offrir une qui est contredite par sa propre conduite.

CARON, Juge :—Le demandeur poursuit en trois qualités différentes :—1o. Comme légataire en propriété pour un cinquième de feu Christiana McPhee, sa mère, suivant son testament du 24 décembre, 1828 ;—2o. Comme cessionnaire de son frère William Andrew Motz, du cinquième légué à ce dernier par le même testament, et de la moitié du cinquième aussi légué par le même testament à Catherine Motz, leur sœur commune, qui, étant décédée, a laissé pour ses héritiers le dit intimé et le dit William Andrew Motz ; et enfin, comme héritier lui-même de l'autre moitié du dit cinquième légué à la dite Catherine Motz.

Par son action, le dit demandeur avait pour but de réclamer, en ces trois qualités, trois cinquièmes de toute la succession, tant immobilière que mobilière de la dite Christiana McPhee, sa mère, laquelle par le susdit testament avait légué à Joseph Carrier, son époux en secondes noces, l'usufruit de tous ses biens, et avait divisé en cinq parts égales la propriété des dits biens, qu'elle avait légués par cinquième, un à chacun de ses trois enfans susnommés, issus de son premier mariage avec feu John Motz, un autre à Joseph Carrier, seul enfant issu de son second mariage avec le dit feu Joseph Carrier, et enfin, un autre au dit Joseph Carrier lui-même, son second mari.

Cette action est dirigée contre la dite Henriette Moreau, épouse en secondes noces du dit Joseph Carrier, père, tant en son propre nom, comme commune en biens avec lui, que comme tutrice à ses enfans mineurs, et aussi contre le dit Joseph Carrier, fils, enfant du dit Joseph Carrier, père ; les dits défendeurs ès noms et qualités, représentants la succession du dit feu Joseph Carrier, père, lequel, d'après le dit demandeur, était décédé après avoir joui et possédé tous les biens de la succession de la dite Christiana McPhee, dans laquelle le dit demandeur prétend avoir droit de ré-

clamer trois cinquièmes, pour les raisons et en les qualités sus-mentionnées, et aussi une somme de £300, montant d'un don gratuit, fait par la dite défunte, à ses trois enfants Motz, tous représentés par le demandeur, par acte du 17 juillet, 1820.

Les principaux allégués de la déclaration sont les suivants :—

1o. Les défendeurs représentent la succession de feu Joseph Carrier, second mari de Christiana McPhee, et époux de la dite appelante.

2o. Du premier mariage de la dite Christiana McPhee sont nés trois enfants, le demandeur, James, William Andrew et Catherine, décédée *ab intestat*, après le décès de sa mère, et représentée par ses deux frères.

3o. John Motz décédé, (octobre, 1819) léguant tous ses biens à son épouse, Christiana McPhee, en toute propriété.

4o. Décembre, 1819. Mariage entre la veuve Christiana McPhee et Joseph Carrier, duquel naît Joseph Carrier, seul enfant.

5o. Elle décède (14 avril, 1829) ayant fait un testament (24 décembre, 1828) léguant ses biens comme dit plus haut, l'usufruit à son mari Carrier, la propriété divisée en cinq, une part à chacun de ses quatre enfants, James, William Andrew, Catherine Motz et Joseph Carrier et l'autre à son mari.

6o. Lors de ce décès, Carrier a pris possession de tous les biens tant meubles qu'immeubles. Les meubles valent £10,000 et les immeubles autant.

7o. 6 Décembre, 1837. Décès de Catherine Motz *ab intestat*, laissant ses deux frères pour ses héritiers.

8o. Mars 8, 1852. Transport par William A. à James, de tous droits dans les successions de ses père et mère et de

sa sœur, et aussi de sa part du don gratuit par Joseph Carrier et Christiana McPhee par l'acte du 17 juillet, 1820. Ce transport déposé chez Petitclerc, Notaire, avril, 1852, accepté par James Motz le 21 mai, 1852, et signifié à la défenderesse le même jour.

9o. Joseph Carrier n'a jamais fait inventaire des biens de la succession de sa femme ; n'a rendu aucun compte, ni à James, ni à William A. ni à Catherine Motz.

10. 23 septembre, 1823. Lewis Harper nommé tuteur : cela à la réquisition de Joseph Carrier et Christiana McPhee, son épouse.

11o. Août 1830. Joseph Carrier nommé tuteur à William A. et à Catherine, et James, le demandeur, subrogé tuteur, et cela, sans avoir fait destituer le dit Harper, ni le subrogé-tuteur, et ce par fraude et dans l'intention de s'emparer des biens des dits mineurs.

12o. Comme tuteur, gardien et pro-tuteur des dits mineurs, Joseph Carrier s'est immiscé dans l'administration de leurs biens, ne leur a jamais rendu compte, mais leur a fait signer divers actes de réglemens et transactions ayant pour objet de les dépouiller de leurs biens. Ces actes étant :

I. Cession par le demandeur (27 avril) 1831, au dit Jos. Carrier, de tous ses droits mobiliers et immobiliers dans la succession de feu John Motz, son père, et de sa mère, à la charge de payer les dettes et pour £505 que le demandeur reconnut avoir reçus.

Cet acte étant nul 1o. Lésion d'outre moitié quant aux immeubles ; 2o. N'ayant pas rendu compte au demandeur, ne pouvait transiger avec lui ; 3o. la base de ce transport fondée sur des calculs faux et erronnés, non soutenus de pièces justificatives, sans inventaire. (Demande la nullité.)

II. 7 décembre 1833, transport par William A. Motz au dit Jos. Carrier, aux mêmes termes et conditions, (demande

la nullité comme cessionnaire) aux offres de tenir compte des sommes reçues.

III. 4. juillet 1839, compte par le dit Jos. Carrier, de ce qu'il doit à la succession de Catherine, demande la nullité, étant informe, illégal, nul et pas accompagné de pièces justificatives.

IV. Acte d'acceptation de ce compte par William Andrew (4 juillet, 1839.)

V. 30 avril, 1841, règlement de compte entre le demandeur et le dit Jos. Carrier, contenant acceptation du compte de la succession de la dite Catherine Motz.

13. Le dit Jos. Carrier a tenu caché aux dits Motz, le don gratuit du 17 juillet 1820.

14. 31 août, 1830, inventaire par le dit Jos. Carrier comme commun en biens avec sa défunte épouse, Christiana McPhee, son légataire en usufruit et en propriété, comme tuteur à Jos. Carrier son fils, à William Andrew et Catherine Motz, fait en présence du demandeur, subrogé-tuteur, le dit inventaire nul, 1o. pas fait avec L. Harper, tuteur et légitime contradicteur; 2o Carrier n'étant pas tuteur, avait usurpé cette qualité. 3o. Le demandeur ne pouvait être subrogé-tuteur, étant lui-même mineur; 4o. Inventaire incomplet, incorrect et faux; 5o. Y a inclus les propres de la mère des dits mineurs. (Demande la nullité.)

15. Cet inventaire étant nul, il se trouve que le dit Joseph Carrier n'a pas fait l'inventaire bon et valable, qu'il était tenu de faire des biens de la communauté, par suite de quoi, il y a eu continuation de communauté.

16. 17 juillet, 1820—Don gratuit aux dits mineurs—motié duquel, savoir, £300, le demandeur a droit de réclamer tant en son nom que comme héritier et cessionnaire de son frère et de sa sœur.

17. Les défendeurs représentants le dit Joseph Carrier, ès noms et qualités, on refusé et refusent de faire inventaire des bien de la succession de la dite Christiana McPhee, d'en rendre compte, procéder au partage, payer au demandeur ce qui lui est dû, savoir, 3-5 de la somme de £24,000 et de plus les £300 pour le don gratuit, quoique souvent requis:

CONCLUSIONS :

- 1o. Rescinder le transport du 27 avril 1831.
- 2o. Rescinder le transport du 7 décembre 1833.
- 3o. Rescinder le compte du 4 juillet 1839, ainsi que l'acceptation d'icelui du même jour.
- 4o. Résilier le règlement de compte du 30 août 1841.
- 5o. Résilier l'inventaire du 31 août 1830.
- 6o. Que la communauté a été continuée.

EN CONSÉQUENCE.

- I. Procéder à l'inventaire.
- II. Rendre compte ou payer £24,500,
- III. Partager les immeubles.
- IV. Payer £300 et les dépens.

DÉFENSES.

- I. Exception à la forme.
- II. Défense au fonds en droit.
- III. Exception péremptoire en droit perpétuelle.
- IV. Défense au fonds en fait.

I.

L'exception à la forme est fondée sur ce que le demandeur a cumulé dans son action, trois différentes demandes incompatibles ; 1o. Rescission de certains actes ; 2o. Reddition de compte ; 3o. Condamnation pour £300, montant du don gratuit sur acte distinct.

Au fonds, cette exception ne me paraît pas fondée ; les diverses causes d'action me paraissent compatibles, résultant de la même source, et même il me paraît qu'il était nécessaire de les inclure toutes dans la même action, afin de parvenir à régler finalement les difficultés de famille existant entre les parties, et que l'action avait pour but de terminer.

Mais je pense que la cour inférieure a mal jugé en renvoyant cette exception sur motion, pour le motif qu'elle avait été produite trop tard. Je suis d'avis que d'après la vingt-cinquième section de l'acte de judicature, le défendeur n'est pas tenu de filer ses exceptions à la forme ou autres exceptions préliminaires, avant l'expiration de huit jours, et avant la demande qui lui en doit être faite, de la même manière que les autres défenses, nulle distinction n'étant faite par la loi entre les unes et les autres ; elles peuvent être produites en même temps que les autres, ainsi que l'a décidé cette cour dans la cause *The British Fire Assurance Company vs. M'Craigh*. Or la Cour Inférieure ayant accordé à la défendresse un délai pour produire ses défenses, le délai s'étendait aux exceptions préliminaires comme aux autres. Et à l'expiration de ce délai, la défendresse était, comme avant, en droit de filer ensemble toutes ses défenses, celles à la forme comme les autres. Je crois donc le jugement de la Cour Inférieure erroné sous ce rapport. Mais, comme finalement, la défendresse ne gagnerait rien par sa défense à la forme, qui au mérite est mal fondée, ce serait inutile de renverser ce jugement, je le laisserai subsister.

II.

DÉFENSE EN DROIT.

Cette défense en droit a été déboutée par la Cour Inférieure, par jugement du 14 mars 1853. Ce jugement me paraît correct. Les moyens qui y sont invoqués forment de bonnes réponses à l'action ; mais elles sont des fins de non recevoir qu'il appartenait à la défenderesse de faire valoir, ainsi qu'elle l'a fait par son exception. Mais qu'il n'était pas nécessaire au demandeur d'alléguer en son action. Ainsi la défense en droit a été correctement renvoyée, et le jugement du 14 mars 1853 doit être confirmé.

III.

C'est sur l'exception de la défenderesse, et la réponse spéciale qu'y a faite le demandeur, que roule le mérite de la contestation entre les parties.

Les raisons de cette exception sont :

1o. Qu'il y a plus de dix ans, entre âgés et non privilégiés, que les différents actes et contrats dont le demandeur demande la rescision en son action, ont été passés, et que, partant, le dit demandeur n'est pas recevable à en demander la rescision. Et que lors de la passation des dits actes, le demandeur et ceux qu'il prétend représenter, étaient majeurs.

2o. Parce que lors de l'institution de l'action, le demandeur et ceux qu'il représente étaient devenus majeurs depuis plus de dix ans, et que, partant, le demandeur n'était plus à temps d'en demander la rescision.

3o. Quant aux £300 réclamés sur le don gratuit, il est allégué chose jugée, suivant jugement du 20 novembre 1845, entre le demandeur et le dit Joseph Carrier, qui a déclaré le dit don gratuit nul et illégal.

RÉPONSES SPÉCIALES.

Le demandeur a répondu à cette exception :

1o. La défenderesse ne peut invoquer contre la rescision des dits actes la prescription de dix ans, parce que le dit Joseph Carrier ayant été le tuteur, pro-tuteur et gardien du dit demandeur, de son frère et de sa sœur, lorsqu'ils étaient mineurs, ne leur avait jamais rendu un compte légal et accompagné de pièces justificatives.

2o. Que le dit Joseph Carrier ayant l'usufruit des biens de la mère des dits Motz, l'obligation de rendre compte n'a pu commencer que lors de l'expiration du dit usufruit, savoir : au décès du dit Joseph Carrier, et que, partant, la prescription contre cette reddition de compte n'a pu courir que depuis ce décès, arrivé depuis moins de dix ans.

3o. Que les actes en question étaient entachés de fraude et de dol, lesquels ne se présument pas.

4o. Quant à la chose jugée, invoquée à l'encontre du don gratuit, elle n'est applicable qu'à la moitié du dit don, celle faite par le dit Joseph Carrier, laquelle moitié n'est pas demandée, et non à la moitié du dit don, faite par la mère du dit demandeur à ses enfans, laquelle est légale, et n'a pas été affectée par le dit jugement.

Telle est l'issue liée entre les parties, et, de ces prétentions respectives, s'élèvent, sur le mérite de la contestation, nombre de questions compliquées et difficiles qui réquièrent l'attention la plus sérieuse et la plus suivie.

Pour se former une opinion correcte sur ces diverses questions, et en venir sur chacune d'elles à une solution satisfaisante il est nécessaire d'examiner les prétentions du demandeur dans chacune des trois qualités qu'il a prises en son action, et voir ensuite quelle est la valeur et l'effet des différents actes qui leur sont opposés par la défense ; desquels actes le demandeur demande l'annulation

Comme on l'a vu, le demandeur se donne trois qualités en son action ; il poursuit d'abord en son propre nom, ensuite comme cessionnaire de son frère, et enfin comme héritier de sa sœur. L'origine de ces réclamations, dans les trois qualités, est le testament de sa mère Christiana M'Phee, en date du 24 décembre 1828.

D'après le testament, l'usufruit de tous les biens de la dite Christiana M'Phee est légué à Joseph Carrier, son second mari, qui a droit d'en jouir sa vie durant, sans exception aucune, et sans être tenu d'en faire aucun inventaire ; obligation dont il est spécialement exempté par une clause du dit testament. Quant à la propriété des dits biens, tant mobiliers qu'immobiliers, elle est divisée en cinq parts égales, trois desquelles sont données aux trois enfants issus de son premier mariage ; une autre part au fils qu'elle avait eu de son second mariage, et la cinquième au dit Joseph Carrier, qui, partant, en vertu du dit testament est usufruitier du tout, et légataire particulier en propriété d'un cinquième au total.

En vertu de ce testament qui n'est pas contesté, et qui doit faire la loi entre les parties à ce procès, les enfans Motz n'avaient rien à demander à Carrier, ce dernier ne leur devait rien du tout comme légataire, soit en usufruit, soit en propriété, il n'était tenu envers eux à aucune obligation quelconque, si toutefois la clause qui l'exempte de faire inventaire est légale et valable.

Ayant droit de jouir du tout, sa vie durant, de son vivant il n'était pas tenu de rendre compte, ni de faire inventaire puisqu'il en était exempté.

Mais il est prétendu que cette exception est illégale et nulle ; que, nonobstant, il était en loi tenu de faire inventaire assitôt après le décès de son épouse. C'est du moins ce qui paraît avoir été décidé par la Cour Inférieure dans le jugement dont est appel, si l'on en croit ce que le juge qui a rendu le dit jugement est rapporté avoir dit en le rendant.

Je pense bien que cette clause est parfaitement légale, que l'on a eu tort de dire que Carrier ne pouvait pas être exempté de faire inventaire, soit comme usufruitier, soit comme commun en biens.

Comme usufruitier, la validité de cette clause est établie par les autorités suivantes .

4. Dalloz, Usufruit, nos. 440, 441, 442.

3. Toullier, no. 420,

25. Merlin, Rep. Usufruit, p. 385.

2. Proudhon, Usufruit, no. 810.

Tout ce qu'on peut exiger, c'est qu'il souffre que l'inventaire soit fait aux dépens du propriétaire.

Comme commune en biens, je ne puis découvrir pour quelle raison, celle qui pouvait donner à son mari, par testament, toute la part qu'elle avait dans la communauté, n'avait pas le droit de lui en laisser l'usufruit et de s'en rapporter à lui pour la manière dont il en jouirait, si elle pouvait le plus, elle pouvait le moins, surtout d'après notre loi sur le sujet, qui donne la latitude la plus étendue.

L'autorité de Lebrun, Communauté p. 162, que l'on a citée, et qui est rapportée, est tronquée et nullement applicable au cas dont il est question. Cette autorité prise en son entier, veut dire toute autre chose que ce qu'on lui prête, et est applicable à un tout autre cas.

L'autorité de Pothier, Communauté, no. 680, n'a rien à faire avec notre espèce.

Serpillon n'y a pas plus rapport.

Très sûrement ces autorités, et les autres citées en Cour Inférieure, tant sur le Banc qu'au Barreau, n'ont point établi la doctrine énoncée lorsque le jugement a été rendu, " que

“ rien ne peut soustraire le survivant, après la dissolution de la communauté, à l'obligation de faire inventaire, ni volonté du testateur, ni une stipulation à cet effet dans le contrat de mariage.”

Quelqu'ait été au reste la loi en France sur ce sujet, il ne peut rester sur la question aucun doute, lorsque l'on réfère à l'acte de la 41 Geo. III, ch. 4, qui donne à chacun dans le pays, un droit illimité de “ léguer tous ses biens, propres, acquêts et conquêts, sans réserve, restriction ni limitation.”

Si ce qui précède est correct, il suit que tant que Carrier a vécu, il n'était tenu ni de faire inventaire, ni de rendre compte de ce qui lui était légué en usufruit.

Cela étant, voyons quels sont les droits du demandeur, poursuivant en sa qualité de légataire en son propre et privé nom.

Comme tel, après le décès de Carrier, il avait droit, d'après le testament, de réclamer un cinquième au total des biens délaissés par sa mère, tels que les laisserait Carrier à son propre décès.

Carrier qui avait l'usufruit des dits biens, et qui n'était pas obligé d'en faire inventaire, n'a jamais été tuteur du demandeur, il est établi par la preuve dans la cause qu'avant le décès de sa mère, le demandeur n'avait aucun bien quelconques ; qu'il est resté dans cet état n'ayant absolument rien, tant qu'il a été mineur, que tout ce à quoi il pouvait prétendre, était ce qui lui avait été légué par sa mère ; que partant, tant qu'il a été mineur, il n'avait aucuns biens dont le dit Carrier put avoir la gestion et administration.

Carrier, qui a élevé le demandeur, peut bien être regardé comme ayant eu la garde de sa personne, mais il n'a pu gérer ses biens, ni, partant, être tenu de lui rendre aucun compte. Ainsi, tant que Carrier a vécu (et il n'est mort

qu'en 1851), le demandeur ne pouvait rien lui demander, ni inventaire, ni reddition de compte : son droit ne prenant ouverture que par le décès de Carrier ; c'est alors seulement qu'il pouvait demander à sa succession le cinquième qui lui avait été légué, lequel, à défaut d'inventaire, aurait pu et dû être constaté en la manière usitée. A cette époque seulement, le demandeur avait action contre les représentants de Carrier, pour les forcer à faire inventaire et adopter les autres mesures nécessaires pour se faire livrer ce qui lui revenait dans la succession de sa mère.

Cette action ainsi portée n'aurait pas manqué de réussir, à moins que, de la part de la défense, il n'eût été démontré que le demandeur avait renoncé légalement à ses prétentions, et que les exceptions qui lui sont opposées n'étaient pas fondées.

Ceci nous amène à examiner la validité des divers actes que le demandeur a faits avec le dit Joseph Carrier, de son vivant—actes que la défenderesse lui oppose ; que lui prétend être nuls et dont il demande l'annulation par son action même, et avant que ces actes lui aient été opposés.

Ces actes sont : 1^o L'inventaire du 31 août 1830 ; cet acte (Panet, Not.) est fait par Jos. Carrier, en son propre nom, comme commun en biens avec feu Christiana McPhee, aussi comme tuteur à Jos. Carrier, son fils, et à William Andrew et à Catherine Motz, en présence du dit demandeur, agissant comme subrogé-tuteur à son frère et à sa sœur, et aussi en présence de Dion, subrogé-tuteur au dit Jos. Carrier, fils. Cet inventaire, qui n'est pas regardé par l'appelante comme nécessaire, est cependant, de l'aveu de toutes les parties, le document, ou l'état, sur lequel a été établi le montant dont elles sont ensuite convenues dans les diverses transactions qui ont été faites entre elles.

De la part de l'appelante, il est prétendu qu'il est suffisant à cet effet, et que peu importe qu'il soit revêtu de toutes les formalités voulues ; tandis que de la part de l'intimé, il est

prétendu que cet acte était indispensable ; que, cependant, il est nul et doit être regardé comme non avenu.

1o. Parce qu'il a été fait sans légitime contradicteur ;
2o. Parce qu'il n'est pas accompagné de pièces justificatives ; 3o. Parce que des recels et des omissions frauduleuses y ont été faits.

De ces trois objections, la seule qui serait de nature à causer la nullité de l'inventaire, serait le défaut de légitime contradicteur ; car il n'y a aucune loi qui dise qu'il faille, à peine de nullité, que les pièces et papiers dépendants d'une communauté, soient produits et insérés dans l'inventaire des biens qui en est fait—l'omission de la mention des pièces et papiers pouvant, d'après les circonstances, faire le sujet d'une demande en nullité de cet inventaire ; mais ce ne serait que sous des circonstances qui n'ont été ni alléguées ni prouvées dans le cas actuel.

Quant aux omissions et recels dont se plaint le demandeur, ils n'emportent pas non plus la nullité de l'inventaire, seulement ils assujettissent la partie qui s'en rend coupable aux peines des recels, qui sont bien différentes, et dont, dans l'espèce, l'on ne demande pas l'application.

Quant à l'absence de légitime contradicteur, elle constitue, sans aucun doute, une cause de nullité absolue en faveur des mineurs qui y sont intéressés, et quant à eux, ou à celui qui les représente, il suffirait de montrer que, de fait, il n'y a pas eu de leur part de légitime contradicteur, légalement qualifié à les représenter, pour que cet inventaire fût regardé à toutes fins quelconques comme nul et non avenu ; c'est une question de fait, sur laquelle il faudra revenir dans un instant : pour le moment, comme il ne s'agit que du demandeur, poursuivant en son propre nom, la chose est sans importance ; quant à lui, il a assisté à cet inventaire comme majeur, y représentant ses propres intérêts. Mais l'on prétend que lui aussi était encore mineur ; si c'est le cas, quant à lui, ou plutôt, quant à l'intérêt qu'il a pu

avoir à cet inventaire en son propre nom, il peut le traiter comme nul ou en demander la nullité.

La question de savoir, si à l'époque du 31 août 1830, Jarnes Motz était ou non majeur, est dans la cause une question de fait sur laquelle, d'après la preuve, il est très-difficile de se prononcer ; rien de positif n'est prouvé ni de part ni d'autre sur le sujet : tout est conjecture et supposition. Ce qui est certain, c'est que, s'il n'était pas majeur, il ne s'en manquait guère. Les déclarations de majorité que le demandeur a faites à plusieurs reprises, ne le lient pas, il est vrai ; mais, pour éviter les conséquences de ces déclarations et se mettre à couvert des suites qu'elles peuvent avoir, il aurait fallu établir d'une manière claire et satisfaisante, que les déclarations avaient été faites par erreur et contre la vérité. Or, de toute la preuve prise ensemble, il ne résulte pas, suivant moi, une conviction suffisante que ces déclarations n'étaient pas correctes, ni véritables. Après s'être dit et représenté majeur, c'était au demandeur à prouver la minorité qu'il allègue ; je ne suis pas satisfait qu'il l'ait fait : pour ces raisons, je ne crois pas lui faire injustice en le jugeant suivant ses déclarations, et en le regardant comme majeur lors de l'inventaire, et je suis d'avis que, quant à lui, il n'était besoin ni de tuteur, ni de subrogé-tuteur : il était, pour sa part, un légitime contradicteur suffisant et légal.

De ce qui précède, je conclus que le demandeur poursuivant en son propre nom, et en sa qualité personnelle, n'a pas droit d'obtenir que l'inventaire du 31 août 1830, soit déclaré nul pour les raisons qu'il invoque.

Mais, admettant que pour les motifs donnés par la Cour Inférieure, l'inventaire en question fut indispensable, et que pour ceux fournis par le demandeur, celui fait soit radicalement nul, il faut examiner quel est l'effet, dans ce cas, des actes faits entre le demandeur et le dit Jos. Carrier, l'un en date du 27 avril 1831, et l'autre du 13 août 1841.

Par le premier de ces actes, le demandeur Motz fait cession à Carrier, son beau père, de tous ses droits mobiliers et immobiliers dans la succession de feu John Motz et de feu Christiana McPhee, ses père et mère, à la charge par le dit Carrier de payer les dettes des dites successions, et en outre, en considération de la somme de £505 6 4, que le demandeur reconnaît avoir reçue de Carrier.

De la part du demandeur, il est prétendu que cet acte est nul et il en demande l'annulation.

10. Parce qu'il y a lésion d'outre moitié dans le prix des immeubles cédés.

20. Parce que le dit Joseph Carrier, n'ayant pas rendu compte au dit demandeur, ne pouvait légalement transiger avec lui.

30. Parce que le prix convenu pour cette transaction, était basé sur des calculs faux et erronnés, faits entre un tuteur et son pupille, sans inventaire, sans reddition de compte, sans examen ni remise de pièces justificatives.

40. Parce que lorsque cet acte fut passé, le demandeur était encore mineur.

Examinons chacune de ces raisons, et voyons si elles sont établies en fait, et suffisantes en loi, pour faire déclarer la nullité de l'acte en question.

Et d'abord quant à la lésion d'outre moitié que l'on invoque, en loi elle n'est pas fondée, étant bien connu que cette lésion n'a pas lieu dans le cas de vente de droits successifs. (1)

En fait cette lésion n'est pas clairement établie, quoique l'on doive dire, que d'après la preuve il paraîtrait que la maison de la Basse-Ville, qui est le seul immeuble dont il

(1) Pothier, Communauté, No. 341 :—9 Merlin Rép. pp. 337, 338 :—Art. 889 du Code :—4 Toullier, No. 579.

se soit agi entre les parties, valait plus que la somme de £2,500, à laquelle elle est estimée, quoique cette somme soit celle pour laquelle elle avait été achetée. Mais sans entrer dans la question de fait, il suffit de dire que cette prétention du demandeur n'est pas fondée en loi.

Quant à la prétention que Carrier n'avait pas rendu compte, il a déjà été établi qu'à l'époque où cet acte était passé, Carrier avait droit de jouir de tous les biens de sa défunte épouse, de la part qui devait revenir au demandeur, comme du reste le testament lui donnait l'usufruit du tout tant qu'il vivrait.

Au reste, il faut bien remarquer que Carrier n'avait pas été tuteur du demandeur, et n'avait pas eu la gestion d'aucuns biens qui lui appartenissent. Donc, à l'époque en question, il ne lui devait aucun compte, et ne pouvait être regardé comme étant en défaut pour ne lui en avoir pas rendu un. Non seulement il n'était pas sous ce rapport en défaut, mais il lui était impossible de rendre aucun compte. Cette raison est donc d'aucune valeur.

Quant à la prétention que le prix convenu par la transaction était fondée sur des calculs faux et erronnés, c'est-à-dire, que la part du demandeur dans la succession de sa mère était fixée sur le montant établi par l'inventaire du 31 août, 1830, et par l'état de compte y joint ; que cet inventaire et compte étaient erronnés et faux, et que partant une transaction qui était fondée sur de pareilles bases devait de nécessité être nulle et traitée comme telle :—

Sans entrer dans la discussion de la vérité de cette assertion, en admettant même qu'en fait elle serait correcte, il ne s'ensuivrait pas que l'acte dont il s'agit fût nul et dût être déclaré tel. Cette transaction n'était pas, ainsi qu'on le prétend, entre un tuteur et son pupille, et partant il est faux, que dans les circonstances, cette transaction dût, de nécessité, pour être valable, être précédée d'une reddition de compte revêtue de toutes les formalités requises pour la validité des comptes de tutelle.

Entre Carrier et le demandeur, entre lesquels n'existaient pas les rapports de tuteur et de pupille, si le prix dont il a été convenu entre eux dans le dit acte, est fondé sur l'erreur, et même sur la fraude, le demandeur pouvait peut-être avoir une action pour faire rectifier ces erreurs, et se faire restituer contre les fraudes commises à son préjudice, mais il ne lui compétait pas, même pour les raisons qu'il allègue, de demander la nullité de l'acte en entier : cet acte du reste n'ayant pas été passé sous les circonstances prétendues par le demandeur.

Quant à la prétention que, lors de la passation du dit acte, le demandeur était encore mineur, l'on peut sous ce rapport référer à ce qui a été dit plus haut, en parlant de l'inventaire, sur le sujet de la minorité alléguée par le demandeur.

Dans le second des dits actes, (celui du 30 août, 1841), fait encore entre le dit Joseph Carrier et le demandeur, se trouve la clause suivante, par laquelle le demandeur "con-
" firme et approuve le compte rendu par le dit Joseph Car-
" rier, de la succession mobilière et immobilière de la dite
" feue Catherine Motz, le 4 juillet, 1839 ; voulant et
" entendant qu'il soit exécuté avec lui quant à sa part sui-
" vant sa forme et teneur : et en conséquence du règle-
" ment et arrêté de compte ci-dessus, tient le dit Joseph
" Carrier, et tous qu'il appartiendra, quitte du reliquat du
" dit compte, et de rendre aucun autre compte quelconque,
" déchargeant le dit Joseph Carrier de toutes demandes et
" réclamations à la succession mobilière et immobilière de
" la dite Catherine Motz, et de toutes autres demandes et
" réclamations quelconques qu'il pourrait avoir contre lui
" jusqu'à ce jour.

La première partie de cette clause a rapport à la succession de feue Catherine Motz, et aux droits qu'avait le demandeur dans la succession de sa mère comme héritier de cette sœur. Nous en parlerons plus tard, lorsque nous en viendrons à parler de la réclamation du demandeur en son propre nom en cette qualité.

Dans la seconde partie de cette clause, le demandeur quitte et décharge Carrier et tous autres qu'il appartiendra, etc.

Le demandeur dit dans son action, que cet acte est aussi nul pour les mêmes raisons que celles invoquées contre celui dont il vient d'être question.

Pour ne parler dans le moment de cet acte, qu'en autant qu'il a rapport à la demande de l'intimé en son propre et privé nom, il suffit de dire ici que quant à la minorité, elle ne peut du moins pas être invoquée contre cet acte de 1841, puisque sans contredit, il y avait bien à peu près dix ans, que le demandeur était arrivé à sa majorité, lorsqu'il faisait la transaction par laquelle il renonçait à toutes demandes quelconques qu'il pouvait avoir en son propre et privé nom contre Carrier jusqu'à la date du dit acte.

Restent donc contre la validité de cet acte, la lésion d'outre moitié, le défaut de compte rendu et remise de pièces, et les erreurs et omissions dont serait entaché l'inventaire pour les causes déjà énoncées.

Tout ce qui a été dit en réponse aux différentes objections au sujet de l'acte du mois d'avril, 1831, s'applique à celui de 1841; lequel me paraît valable, en autant du moins que le demandeur y a stipulé au sujet de sa propre part dans la succession de sa mère, abstraction faite pour le moment des stipulations qu'il y a faites à l'égard de la succession de sa sœur. Ces deux qualités devraient être tenues distinctes et séparées, et traitées à part l'une de l'autre, vu que dans une qualité il pourrait avoir à invoquer contre cet acte des objections qui ne lui compèteraient dans l'autre.

Si donc cet acte n'est pas nul, s'il lie le demandeur en qualité de légataire de sa mère, il en résulte que l'on doit y trouver une confirmation et ratification de tout ce qu'il avait fait précédemment en cette qualité, et une renonciation au droit de se plaindre et se prévaloir des défauts de

forme, et autres qui pouvaient se trouver dans les actes précédents qu'il avait faits avec le dit Joseph Carrier, quant à cette portion de ses droits.

Ainsi par cet acte d'avril, 1841, le demandeur ratifie l'inventaire du 31 août, 1830, auquel il avait été présent, et dans lequel il avait agi comme subrogé-tuteur à son frère et à sa sœur encore mineurs. Il ratifie également l'acte de transport du 27 avril, 1831.

Mais le demandeur a prétendu que ces actes n'étaient pas ratifiables ; qu'ils étaient dans le principe nuls radicalement et de plein droit, et qu'aucune ratification ne les pouvait valider. Cette prétention est mal fondée pour les raisons déjà émises. Ces actes, en les supposant entachés des vices et défauts prétendus, ne seraient pas frappés de nullité absolue, ils seraient tout au plus annulables ; car en supposant l'inventaire en question et le compte qui l'accompagne, comme étant nécessaires, que le dit Joseph Carrier fût tenu de faire le dit inventaire et de rendre le dit compte au demandeur (ce qui pourtant n'est pas le cas), dans cette supposition, les omissions, les erreurs, les recels, la fraude même ne rendraient pas ces documents nuls, mais annulables seulement. Pour faire bonne cette proposition qui a été fortement combattue par le demandeur, qui prétend que les ratifications invoquées par l'appelante ne lui étaient d'aucun service, ne pouvant faire vivre des actes qui n'avaient jamais existé, il est bon de référer à quelques autorités.

L'ordonnance de 1667, art. 21, du titre 29, dit :

“ Ne sera ci-après procédé à la révision d'aucun compte ;
 “ mais s'il y a des erreurs, omissions de recette ou faux emplois, les parties pourront en former leur demande ou interjeter appel de la clôture du compte, et plaider leurs prétendus griefs à l'audience.”

En consultant Serpillon sur cet article, aux pages 549 et 550, l'on verra que le sens de cette disposition est que le

compte même de tutelle, qui contient des *erreurs*, omissions de recette et *faux* emplois, n'est pas pour cela nul en entier ; seulement la partie lésée a son action en justice pour faire rectifier ces erreurs, et suppléer les omissions, etc.

Voir sur le même article Bontaric, qui est encore à ce sujet plus positif que Serpillon :

“ La surprise et le dol qui seraient reconnus avoir été exercés par le tuteur, relativement à certains articles du compte, ne donnent pas lieu à la rescision de tout le compte ; il en résulte seulement, même dans les nouveaux principes, une action en rectification des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois qui existeraient dans le compte, et il n'y a lieu à la rescision du compte en entier que lorsque les faits de dol se rattachent à la signature des parties, qui termine l'acte et lui donne l'être.” (1)

Ces autorités et nombre d'autres établissent que les comptes de tutelle et autre actes, dans lesquels se trouveraient la surprise, la fraude, les recels et autres défauts préjudiciables aux mineurs, ne les rendent pas nuls radicalement, et ne les empêchent pas de pouvoir valablement être ratifiés par le mineur devenu majeur.

Pour ces raisons, sans qu'il soit pour le moment nécessaire de parler de la prescription, qui est un des moyens invoqués par la défense, je crois devoir conclure que quelques puissent être les droits du demandeur en ses qualités de cessionnaire de son frère, d'héritier de sa sœur, il n'en a aucuns en son propre et privé nom, en sa qualité de légataire de sa mère, et que, partant, cette partie du jugement de la Cour Inférieure qui lui reconnaît de tels droits, est erronée et doit être réformée.

Mais comme héritier de sa sœur, le demandeur réclame aussi par son action la moitié du cinquième qui avait

(1) 7 Dict. de Législ. V. Tutèle, p. 234, No 290. “ Quand le mineur a ratifié en majorité, il n'est restitué ” — Restitution No. 17, p. 601.

été légué à sa dite sœur, par le testament de leur mère. Est-il fondé dans cette demande ?

Le testament, sur lequel repose cette réclamation, est en date du 24 décembre, 1828 ; la testatrice est décédée le 15 avril, 1829. Sa fille Catherine, dont le demandeur est héritier, pour moitié, est morte le 6 décembre, 1837, en minorité et sans testament. Joseph Carrier est lui décédé le 5 septembre, 1851 ; ainsi, lors de son décès, la dite Catherine Motz, ayant survécu à sa mère, avait droit au cinquième que cette dernière lui avait légué ; mais comme elle est morte avant Carrier, son droit, lors de son décès, n'était pas encore ouvert, la jouissance de ce cinquième, comme de tout le reste, appartenait à ce dernier tant qu'il vivrait. Ainsi, quoique Carrier eût été nommé tuteur à cette mineure, le 21 août, 1830, et que partant, lorsqu'elle est décédée, il eût été de fait son tuteur pendant plus de sept ans, il n'avait cependant, comme tel, ni géré, ni administré aucuns biens de quelqu'espèce que ce fût, appartenant à la dite mineure, étant clairement établi, dans la cause, qu'elle n'en avait pas d'autres que ceux qui lui avaient été légués par sa mère, et dont Carrier avait l'usufruit, ainsi, s'il est vrai que la clause du testament qui exemptait Carrier de l'obligation de faire inventaire, était valable, comme je pense avoir fait voir qu'elle l'était, il s'ensuit que tant qu'a vécu la dite Catherine Motz, Carrier n'a été tenu à son égard à aucune obligation résultant du testament ou de sa qualité du tuteur : ni comme légataire, ni comme tuteur, il n'était tenu, dans les circonstances, quant à la dite mineure, ni de faire inventaire, ni de lui rendre aucun compte. Elle n'avait rien, il ne lui était rien dû.

Par son décès, ses deux frères lui succédaient quant à ses droits futurs, mais par cet événement, rien n'est changé dans la position de Carrier ; il reste après, comme avant, dans la jouissance de la part de la défunte, et il ne doit à sa succession ou à ses héritiers, pas plus qu'à elle même, ni inventaire, ni compte.

Les choses en étaient dans cet état le 31 août, 1830, lorsque Carrier, qui dix jours auparavant avait été nommé tuteur à William Andrew et à Catherine Motz, mineurs, tandis que le demandeur se représentait comme majeur et se laissait nommer subrogé-tuteur par le même acte, aux mêmes mineurs, fait du consentement, avec l'approbation et en présence du dit demandeur, procéder, sans y être tenu, à l'inventaire des biens de la communauté qui avait été entre lui et son épouse, mère des dits Motz. Cet inventaire, ainsi fait volontairement et à l'amiable entre le demandeur et Carrier, est de la part de l'intimé argué de nullité pour nombre de raisons :

1o. Parce que le nommé Harper, qui en septembre, 1823, avait été, à la demande de Carrier et de sa femme, nommé tuteur aux trois enfans Motz, tous trois alors mineurs compris le demandeur, était encore leur tuteur à l'époque de l'inventaire : il aurait partant dû y assister comme tuteur, et non comme témoin contradictoire, ce qui n'avait pas eu lieu.

2o. Parce que Carrier n'avait pas la qualité de tuteur qu'il a prise au dit inventaire.

3o. Parce que l'élection du demandeur comme subrogé-tuteur était nulle pour la même cause, et parce qu'à cette époque il était encore mineur.

4o. Parce que dans le dit inventaire, il avait été fait des erreurs, omissions et recels volontaires et frauduleux, qui entraînaient la nullité de plein droit.

Ce n'est pas ici le lieu de discuter la validité de ces diverses objections, cette discussion viendra plus à-propos lors de l'examen que je ferai dans un instant des prétentions du demandeur, fondées sur sa qualité de cessionnaire de son frère.

Pour le moment, sans me prononcer sur la nullité ou la validité de cet inventaire, qu'il me suffise de dire, qu'en le supposant nul, il ne s'ensuivait pas que le demandeur fût

fondé dans ses prétentions, qu'il bâse sur cette nullité en sa qualité d'héritier de sa sœur.

Si la demande faite par le demandeur en cette cause, comme héritier de sa sœur, était portée contre l'appelante comme représentant la succession de Carrier, par Catherine Motz elle-même, et qu'en son propre nom elle réclamât le cinquième qui lui a été légué par sa mère, et qui se trouverait dans la succession Carrier après l'expiration de son usufruit, il est incontestable qu'on ne pourrait pas forcer la dite Catherine Motz d'accepter et de prendre pour base de l'étendue de son cinquième, un inventaire fait pendant sa minorité sous les circonstances qui viennent d'être mentionnées, et qui serait entaché des vices et défauts que l'on attribue à celui fait par Carrier. Elle aurait sans doute droit de prendre avantage de ces défauts et d'exiger un autre inventaire légalement et régulièrement fait ; elle aurait droit aussi de demander un compte régulier et légal, accompagné de pièces justificatives de la gestion qu'auraient eue de sa part de biens, les représentants de la succession Carrier, depuis le décès de ce dernier et l'expiration de son usufruit ; mais les droits qu'aurait eus la dite Catherine Motz, dans cette supposition, et sous ces circonstances, les objections qu'elle aurait pu prendre en poursuivant elle-même le demandeur, lui les a-t-il, et peut-il les prendre, dans la position où il est prouvé qu'il s'est placé dans la présente cause ? c'est ce dont je doute.

A sa demande fondée sur sa qualité d'héritier de sa sœur, l'appelante lui oppose la reddition ou état de compte par le dit Joseph Carrier, dressé par Mtre. Panet, notaire, le 4 juillet, 1839, après le décès de la dite Catherine Motz, de ce qu'il prétendait devoir à sa succession, ou plutôt de ce qu'il lui devait, ou plutôt de ce qu'il avait payé pour la dite succession ; car il ne lui devait encore rien ; mais surtout la dite appelante oppose à cette demande l'acte du 30 avril, 1841, dans lequel le demandeur fait la déclaration suivante : " confirme et approuve le compte rendu, etc."

Lorsque cet acte fût passé, le demandeur était depuis longtemps parvenu à sa majorité ; il y avait onze ans que l'inventaire, sur lequel était basé cet état de compte, était fait ; il y avait plus de dix ans que le demandeur avait pour lui-même approuvé le principe et les bases sur lesquels le dit acte avait été dressé, en réglant avec Carrier pour sa propre part, par l'acte du 27 avril, 1831.

Depuis que cet inventaire avait été fait, (août, 1830) à venir à l'époque du dit règlement de compte (avril, 1841,) le demandeur qui, d'après ses propres prétentions, était majeur depuis à peu près dix ans, avait eu tout le temps nécessaire pour découvrir et apprécier les vices et défauts qui se pouvaient trouver dans le dit inventaire, qu'une fois déjà, il avait approuvé, il y avait plus de dix ans, lorsqu'il avait consenti l'acte de transaction et cession du 27 avril, 1831. Si cet inventaire et cet acte qui était basé sur cet inventaire, étaient vicieux, frauduleux et nuls, comme le dit aujourd'hui le demandeur, rien ne l'empêchait, pendant les dix ans, d'adopter les mesures nécessaires pour faire déclarer la nullité de cet inventaire, et du dit acte de transport ; car la qualité d'usufruitier qu'avait Carrier ne le mettait pas à l'abri d'une action que Motz aurait pu lui intenter pour faire résilier les actes frauduleux, qu'il lui aurait fait consentir à son préjudice.

Depuis longtemps, il n'était plus, en aucune manière, sous la domination ou le contrôle de Carrier, et partant, il lui était parfaitement libre de le poursuivre pour faire annuler les dits actes, si en réalité il les eût regardés comme nuls. Loin de là, au lieu de se pourvoir à cet effet, il confirme et ratifie de nouveau le dit inventaire et le dit acte de cession, par l'acte en dernier lieu mentionné, du 30 avril, 1841.

Cet acte volontairement consenti par le demandeur, qui lui n'était pas, et n'avait jamais été le pupille de Carrier, avec qui il stipulait, me paraît être non-seulement valable

et inattaquable pour les raisons invoquées par le demandeur ; mais bien plus, il me semble réparer et rectifier tous les défauts de forme et autres dont pouvaient être entachés l'inventaire et l'acte de cession dont se plaint le demandeur, et dont il demande l'annulation.

“ Les engagements d'un mineur ne peuvent être attaqués par lui pour vices de forme ou pour lésions, lorsque majeur il les a ratifiés.” (1)

“ Celui qui ratifie un contrat ou une convention renonce implicitement à faire valoir les vices de forme de l'acte ; car ratifier le contrat, c'est en reconnaître l'existence.” (2)

“ La ratification peut se faire par un acte formel ou par l'exécution volontaire.” (3)

“ Une nullité d'ordre public, quant aux intérêts privés, peut être couverte par la ratification ou l'exécution, alors qu'elle ne laisse pas subsister l'atteinte à l'ordre public.”

“ Une nullité, quoiqu'absolue, peut-être couverte par la confirmation ou ratification, lorsqu'elle n'est établie que pour l'intérêt des particuliers ; ceux-ci peuvent y renoncer s'ils l'entendent, tel est le cas de la vente d'un immeuble de mineur, par son tuteur, sans formalités.” (4)

“ On ne revise aucun compte, sauf, s'il y a erreur, omission. etc., à réclamer devant le juge qui a connu ou dû connaître du compte.” (5)

Pour établir que le droit qu'aurait pu avoir la dite Catherine Motz elle-même de se plaindre des défauts de l'inventaire et de ce que le compte rendu n'était pas revêtu et accompagné des formalités voulues, n'a pas passé à son héritier, l'on peut référer à l'autorité suivante :

(1) Dict. de Législ. Vo. Rescision, No. 33. p. 260

(2) Le même, Vo. Ratification, No. 11, p. 157 :—8 Toullier, No. 492.

(3) Dict. Législ. Ratification, No. 13.

(4) Le même, No. 25) Rat. No. 24 et 25.7 Toullier, No. 562 :—8 Toullier, No. 517.

(5) Dict. de Législ. Tutèle, No. 233.

“ En tout cas la nullité prononcée par l’art. 472, contre
 “ tout traité qui n’a pas été précédé d’un arrêté de compte,
 “ ne peut-être étendue au traité passé entre le tuteur et
 “ l’héritier du mineur. (1)

Ces raisons et ces autorités sont celles qui m’ont amené à la conclusion que le demandeur s’est lui-même mis hors d’état de faire valoir les nullités qu’il invoque, par l’acte de 1841, indépendamment de la prescription plaidée par l’appelante, quant à la partie des biens qu’il réclame comme héritier de sa sœur, et que le jugement de la Cour Inférieure est encore vicieux, en autant que, sous ce rapport, il donne gain de cause au dit demandeur.

Reste maintenant à examiner s’il est même fondé dans les prétentions qu’il a émises en sa qualité de cessionnaire de son frère William Andrew Motz, qu’il représente en vertu du transport du 8 mars, 1852.

En cette qualité de cessionnaire, le demandeur en son action réclame un cinquième au total de la succession de sa défunte mère, légué au dit William Andrew Motz, son frère, et aussi la moitié du cinquième légué par la même à sa sœur Catherine, dont il est héritier pour moitié. Et à cette fin, il demande par sa déclaration l’annulation des deux actes passés entre le dit William A. Motz et le dit Joseph Carrier—l’un étant un transport de droits successifs, en date du 7 décembre, 1833, (Mre Panet, Notaire) et l’autre une reddition de compte par le dit Joseph Carrier au dit William A. Motz, et l’acceptation d’icelui compte par ce dernier, le tout, en date du 4 juillet, 1839, devant le dit Mre. Panet.

Par le premier de ces deux actes (7 déc. 1833), “ le dit
 “ William A. Motz cède et transporte, sans garantie que de
 “ ses faits et promesses, au dit Jos. Carrier, tous et tels droits
 “ successifs, mobiliers et immobiliers, tant en fonds et capi-

(1) Dict. de Législ. Tutèle, 289.

“taux, qu'en fruits et revenus, échus et à échoir, rescindants
 “et rescissoires, qui peuvent appartenir au dit William A. Motz
 “tant dans l'hérédité et succession de son père John Motz,
 “que dans l'hérédité et succession de défunte Christiana
 “McPhee, sa mère, tels et ainsi que les dits droits appar-
 “tiennent au dit cédant, tant comme héritier du dit sieur
 “son père, que comme héritier de sa mère, à quelques
 “sommes qu'ils puissent se monter.”

Par le second des dits deux actes (4 juillet 1839), le dit Jos. Carrier (Mtre. Panet, Not.) rend au dit William A. Motz un compte des biens mobiliers et immobiliers de la succession de la dite feue Cath. Motz, sa sœur, d'après lequel il apparaîtrait, que l'actif de la dite succession serait de £505 6 3, à la moitié de laquelle, savoir, à celle de £252 13 1, le dit William A. Motz aurait droit comme l'un des deux héritiers de la défunte; que sur cette dernière somme, il restait net a balance de £142 11 3; et le même jour, le dit William Motz comparait devant le dit Mtre. Panet, et là et alors déclare qu'il a pris communication du dit compte, vu et visité les pièces sur lesquelles il est fondé; qu'il l'a trouvé juste et correct en tous ses résultats, et en conséquence il veut et consent qu'il soit exécuté suivant sa forme et teneur, dont et du tout acte authentique est dressé au pied du dit compte.

Tels sont les actes dont le demandeur demande l'annulation en sa qualité de cessionnaire de son frère. Ce n'est qu'en obtenant cette annulation qu'il lui est possible de réussir dans cette partie de sa demande.

Cette demande est fondée, quant au transport et cession de 1833, sur les raisons de nullité suivantes dont le dit acte serait entaché, savoir :

1o. Il y a lésion d'outre-moitié dans le prix des immeubles cédés.

20. Carrier n'avait jamais rendu compte à William A. Motz, et ne pouvait, pour cette cause, légalement transiger avec lui.

30. Le prix de cette transaction était fondé sur des calculs faux et erronnés, sans reddition de compte détaillé, sans pièces justificatives produites et remises, et enfin sans inventaire.

40. Le dit William A. Motz était mineur lorsqu'il consentait cet acte.

Ces raisons de nullité qui sont les mêmes que celles invoquées contre l'acte de transport par le demandeur lui-même, du 27 avril, 1831, et dont il a été disposé plus haut, ont cependant sur le cas actuel une importance qu'elles n'avaient pas sur le premier acte.

La lésion d'outre-moitié cependant n'est pas plus applicable à l'acte dont il est maintenant question, qu'elle ne l'était à l'autre ; parce que dans ce cas-ci, comme dans l'autre, il y a cession de droits successifs, et qu'en loi, la lésion d'outre-moitié n'est pas applicable à cette sorte de transport.

Quant à l'obligation où l'on prétend qu'était Carrier de faire inventaire, et de rendre compte au dit William A. Motz, à peine de nullité de tous actes de transaction qui seraient faits entr'eux, il est certain qu'il y a une différence essentielle entre la position de James Motz, lorsqu'il transigeait avec Carrier, et celle de son frère William A. Motz, lorsqu'il consentait l'acte dont nous nous occupons. Le demandeur, lui, n'avait jamais eu Carrier pour tuteur, tandis que dans le cas de William A. Motz, Carrier avait été son tuteur et son pro-tuteur, gardien ou administrateur ; si l'élection de Carrier comme tuteur aux dits mineurs Motz, du mois d'août, 1830, était nulle à raison de l'élection précédente et existante encore de Harper, comme le prétend le demandeur, dans l'un comme dans l'autre cas, Carrier

aurait été tenu de rendre au dit William A. Motz un compte en forme, appuyé de pièces justificatives, et fondé sur un inventaire préalablement fait suivant la loi, si toutefois, en cette qualité de tuteur, ou dans l'une des autres qualités susmentionnées, il eût eu de fait, et en réalité, la gestion et administration de quelques biens, soit mobiliers ou immobiliers, appartenants au dit mineur.

Mais quoique Carrier ait été tuteur de William A. Motz, et que, comme tel, ou comme pro-tuteur ou autrement, il eût eu la garde de sa personne, la preuve dans la cause constate qu'à l'époque où a été passé cet acte, argué de nullité, le dit William A. Motz n'avait jamais eu, et n'avait pas encore alors aucuns biens quelconques que le dit Carrier eût pu gérer ou administrer : ce fait important d'absence de biens, à la date du dit acte, dans la personne du dit William A. Motz, est établi dans la cause au-delà de tout doute. Tous les biens qui devaient lui appartenir étaient ceux qui lui avaient été légués par sa mère, avec réserve d'usufruit en faveur de Carrier, qui, tant qu'il vivrait, aurait droit de jouir du tout, pour son propre compte et avantage, sans être tenu ni d'en faire inventaire, ni d'en rendre compte à qui que ce soit ; tant qu'il a vécu, d'après le testament, c'est pour lui-même qu'il a géré les biens de la testatrice ; c'est sa succession, qui, après la mort du dit Carrier, était tenue de remettre à chacun des légataires la propriété, et entre autres au dit William A. Motz, la part qui lui avait été léguée après l'expiration de l'usufruit.

Le point important à enregistrer ici, c'est que lorsque William A. Motz consentait l'acte en question, Carrier n'avait pas géré ses biens, et ne lui devait pas de compte.

Cependant, Carrier, quoiqu'il n'y fût pas tenu, juge à-propos et consent de faire procéder à un inventaire ou état des biens qui avaient composé sa communauté avec la mère des Motz, et à cette fin il se fait élire tuteur à deux des enfants, qui sont mineurs, et il fait nommer le demandeur, *qui se dit*

majeur, leur subrogé-tuteur, et en sa présence, et de son consentement, il fait procéder au dit inventaire ou état, et sur cet inventaire est calqué un bref état de compte, d'après lequel, la part que chacune des parties intéressées aura, lors de l'expiration de l'usufruit, est indiquée ; et sur cet inventaire et cet état de compte sont basés tous les calculs qui ont servi à faire la transaction dont nous nous occupons dans ce moment.

Je suis enclin à croire que cet inventaire aurait pu être répudié par ceux des héritiers Motz qui étaient mineurs lorsqu'il fût fait, après le décès de Carrier ; qu'ils auraient pu refuser de l'accepter comme la base de leurs droits. Car si Carrier, quoi qu'exempté de faire inventaire, jugeait à-propos, dans son intérêt ou pour sa satisfaction, de faire procéder à un inventaire qu'il aurait été tenu de faire, s'il n'en eût été exempté par le testament, il était de son devoir de le faire faire légalement et avec toutes les formalités voulues par la loi. Ce n'est qu'en le faisant faire de cette manière qu'il aurait pu exempter sa succession d'y faire procéder après son décès. Or, une de ces formalités essentielles était qu'il y eût un légitime contradicteur. Ce légitime contradicteur devait être le tuteur lui-même qui fit l'inventaire ; or, à l'époque où fut fait celui dont il est maintenant question, apparemment il y avait deux tuteurs aux mêmes mineurs, Harper et Carrier. Harper paraît avoir été nommé régulièrement ; son acte de nomination lui donne la gestion de la personne et des biens des dits mineurs ; c'est l'élection d'un tuteur dans la forme ordinaire et pour toutes les fins légales. Il est cependant bien probable que ce n'était que pour mettre Carrier et son épouse en position de porter contre lui l'action dont ils avaient besoin pour obtenir contre la succession de John Motz, la délivrance du legs universel qu'il avait fait à Christina McPhee, son épouse. Cette supposition est rendue très vraisemblable par l'action dirigée à cette fin contre le dit Harper comme tuteur aux dits enfans mineurs, et par le jugement en délivrance qui en est résulté.

Mais quoique l'on soit à peu près sûr que cette nomination n'avait été faite que dans cette vue, cependant comme elle était générale et accordait au tuteur élu la garde des personnes et des biens des dits mineurs, sans restriction, Harper, ainsi nommé avec toutes les formalités nécessaires, et cette nomination dûment homologuée en justice, a véritablement été fait tuteur à toutes fins quelconques, et cette charge il devait la garder jusqu'à ce qu'il eût pris légalement décharge, soit en justice ou par la majorité des dits mineurs. Il est certain que la mère, et même Carrier, le beau-père des mineurs, auraient bien pu réclamer contre cette nomination, la faire mettre de côté, et se faire nommer à la place ; rien de semblable ne paraît dans la cause. Il n'y a pas de destitution et Harper vivait encore, et partant, il était encore tuteur, lorsque Carrier s'est fait nommer comme tel, sans destitution préalable ; d'où il suit que cette nouvelle nomination de Carrier, faite sous de pareilles circonstances, était illégale et nulle. Carrier n'était donc pas tuteur lors de l'inventaire, c'est Harper qui l'était et qui devait y agir comme légitime contradicteur. Son absence, sans explication, est seule capable d'entacher le dit inventaire de nullité radicale, en autant que l'intérêt des mineurs y était concerné. Cet inventaire, par exemple, n'aurait pas eu l'effet d'empêcher la continuation de communauté, si cette communauté n'eût été dissoute en vertu du testament. Ainsi, je suis d'avis que le demandeur a raison de dire que cet inventaire est nul quant aux mineurs, et qu'il ne pouvait leur être opposé, et qu'ils ne seraient pas tenus d'en passer par son contenu, si, après être parvenus à leur majorité, ils n'ont rien fait qui puisse le valider, le rendre suffisant ou en faire disparaître la nécessité. D'où il suit que le compte qui aurait été rendu sur et d'après cet inventaire, si compte avait été dû, aurait été nul par suite de la nullité du dit inventaire.

Mais comme il a été dit déjà plusieurs fois, de son vivant, Carrier ne devait ni inventaire, ni compte, ce qu'il en a fait,

n'était que pour poser les bases d'après lesquelles les parties pouvaient, si elles le désiraient, transiger à l'amiable.

Cet inventaire et cet état de compte peuvent être vicieux et nuls quant à la forme, et être pourtant suffisants pour servir de bases aux actes de transactions dans lesquels il y est fait allusion.

Ainsi, si l'acte du 7 décembre, 1833, est nul, ce n'est pas parce que le dit inventaire est nul, ni parce que Carrier n'avait pas rendu compte.

Mais, dit le demandeur, le dit acte est encore nul, parce que les calculs sur lesquels a été fixé le prix payé par Carrier, sont faux, erronnés et frauduleux ; l'état sur lequel se sont guidées les parties en faisant cette transaction, contenait des omissions et recels considérables, et faits volontairement et frauduleusement de la part du dit Carrier.

En point de fait, le demandeur est fondé à dire que c'est sur l'inventaire du 31 août, 1830, et sur le compte y annexé qu'a été fixée la somme payée par Carrier au dit William Motz, comme étant la part à laquelle il avait droit dans la succession de sa mère, d'après le testament de cette dernière, puisqu'il y est dit en propres termes :

“ La somme de £505. 6. 3. est le montant exact des
“ dits droits mobiliers et immobiliers suivant le compte
“ dressé par Mtre. Panet, notaire, le 14 avril, 1831, an-
“ nexé à l'inventaire dressé par le dit Mtre. Panet, le 31
“ août, 1830.”

Le demandeur, d'après la preuve, paraît également fondé à prétendre que dans l'inventaire ou état en question, se remarquaient des omissions importantes, consistant surtout dans les reprises que la succession de la défunte avait droit de faire sur les biens de la communauté pour les immeubles qui, pendant sa durée, avaient été aliénés, étant propres à la défunte et dont il n'est fait aucune mention dans le dit in-

ventaire ; il paraît également par la preuve que quelques-uns des articles, par exemple : la montre d'or, ont été estimés à une valeur moindre que celle qu'ils avaient réellement. Mais ces vices, graves comme ils sont, ne font pas que l'acte soit nul, ni même que l'on puisse en demander la nullité, à moins que l'on eut prouvé, non seulement que c'est par fraude que ces erreurs ont été commises et que ces omissions ont été faites, mais encore et de plus, que c'est par suite de cette fraude que le dit William A. Motz a été induit à consentir l'acte en question ; or cette preuve, je ne la trouve pas faite dans la cause.

Il est en preuve, il est vrai, que Carrier s'est vanté d'avoir fait avec les Motz, des marchés avantageux, d'avoir acquis leurs parts à bonne composition ; cela peut être, et paraît même être effectivement le cas. Cependant, les contrats que faisaient les parties étaient purement aléatoires ; l'avantage d'un côté ou de l'autre dépendait absolument du plus ou du moins de temps que vivrait Carrier ; l'on sait que le marché en question aurait été bien plus avantageux aux Motz et plus défavorable à Carrier, si ce dernier, qui ne devait rien de son vivant, au lieu de mourir à l'âge de 57 ans, eût vécu vingt ans de plus, ce qui n'était pas impossible, puisque dans ce cas, il n'aurait encore eu que 77 ans, la première transaction faite par Carrier est celle de 1831 avec James Motz à qui Carrier paie la somme de £500 qu'il pouvait garder jusqu'à son décès, il meurt en 1851, il y avait donc alors vingt ans que James Motz retirait de ces £500, un intérêt annuel de £30 ; ce qui faisait lors du décès de Carrier £600, qui se seraient trouvés dans la succession de Carrier, sans la transaction en question ; si Carrier eût vécu vingt ans de plus et ne fut mort qu'à l'âge de 77 ans, c'eût été encore £600 que James Motz aurait gagnés, et qui auraient été perdus pour la succession Carrier. Cette jouissance par anticipation, et le risque que courait Motz d'être privé encore plus longtemps de toute jouissance dans les biens de sa mère était sûrement une compensation bien légitime et bien raisonnable pour la diminution qu'il faisai

sur le montant des droits qu'il ne devait toucher qu'au décès de Carrier. Les mêmes calculs et les mêmes arguments doivent et peuvent se faire quant aux transactions faites quant aux parts des autres enfants. Carrier a payé aux trois plus de £1,500, à peu près vingt ans avant le temps où il eut été obligé de le faire, l'intérêt sur cette somme à six par cent, pendant vingt ans, fait £1,800, dont ont dû profiter les Motz, et dont a été privé la succession Carrier. Si Carrier eût vécu vingt ans de plus, cette perte pour sa succession, et le gain pour les Motz, aurait été de £5,600. Encore cette computation n'est-elle basée que sur l'intérêt simple, calculé sur les dites sommes ainsi payées d'avance, pendant que cet intérêt devrait être celui composé : ce qui ferait une somme plus considérable que celle que peut réclamer le demandeur, en admettant toutes ses prétentions comme fondées.

Si donc le dit acte est nul, ce ne peut être pour les raisons qui viennent d'être énumérées ; mais peut être l'est-il parce que lorsqu'il était passé le dit William A. Motz était encore mineur, comme le prétend le demandeur ; ou bien encore ; parce que, quoiqu'alors parvenu à sa majorité, toutes transactions faites entre lui et Carrier, étaient nulles et prohibées par la loi d'après les rapports existants alors entre eux.

Quant à la question de minorité, il faut admettre avec le demandeur, que la déclaration fausse ou erronée faite par le mineur dans un acte qu'il consent, et dans lequel il se dit majeur, sans l'être, ne le prive pas du droit de se faire restituer ou relever ; mais dans ce cas, il est de son devoir de justifier de sa minorité ; chaque fois que le mineur a pris la qualité de majeur, ou que même il a agi comme tel, c'est à lui à prouver l'erreur, et non à celui avec qui il a contracté.

“Celui qui intente une action en rescision, doit faire la preuve des faits sur lesquels il l'appuie.” (1)

(1) 7 Dict. de Légis. vbo. Rescision, No. 42, p. 260.

“ Si l'action repose sur une allégation d'incapacité, la preuve se fait par la production de l'acte de l'état civil.” (1)

“ C'est au mineur à prouver sa minorité lorsqu'elle est contestée.” (2)

“ C'est toujours à lui (au mineur) de prouver sa minorité si elle est contestée.” (3)

Dans notre espèce, William A. Motz, agi comme majeur dans l'acte en question ; d'après sa propre prétention, il n'aurait manqué, lors de l'acte, que huit jours, pour qu'il eût été majeur. Ce peu de temps aurait suffi pour l'autoriser à dire qu'il était mineur et lui donner les recours attribués par la loi à cette qualité ; mais il fallait prouver ce fait de minorité d'une manière satisfaisante, et comme tout autre fait doit l'être par celui qui y est tenu. Le demandeur ne paraît pas avoir fait cette preuve. C'est à peine s'il établit la destruction des registres de la localité où les mineurs sont nés. Cependant, cette destruction devait être prouvée pour que la preuve testimoniale fut reçue au lieu de la production de l'acte de baptême ou de naissance.

Quant à la preuve testimoniale faite, elle est imparfaite, incertaine et contradictoire ; elle ne contient rien de certain ni de positif. Je ne puis que répéter ce que j'ai déjà dit quant à la minorité du demandeur lui-même. Cette preuve est insuffisante, et j'en conclus que l'acte n'est pas nul parce qu'il a été consenti en minorité.

L'est-il pour la raison que les rapports existant entre Carrier et le dit Willam A. Motz, étaient tels qu'ils ne pouvaient stipuler entre eux légalement. C'est ce qui reste à examiner.

Lorsque l'acte dont nous nous occupons a été passé, Carrier avait été le tuteur de Williams A. Motz, ou bien

(1) 7 Dict. de Légis. vbo. Récision, No. 43.

(2) Idem, No. 27 :—7 Toullier, No. 582.

(3) No. 582.

Harper était son véritable tuteur, vu que la nomination subséquente de Carrier comme tel était nulle, toujours est-il que Carrier, qui avait élevé les enfants Motz, avait été leur gardien, il avait eu du moins la garde de leur personne, il aurait probablement eu aussi la gestion de leurs biens, s'ils en avaient eus ; mais il a été dit déjà qu'à l'époque dont il s'agit ils n'en avaient aucuns.

Il faut bien remarquer que dans l'acte de transport et cession, ce ne sont pas les biens qui ont appartenus au mineur et dont Carrier a eu gestion, qui sont cédés ; mais ce sont uniquement ceux qui doivent échoir au dit William A. Motz, après le décès de Carrier. Ces droits ainsi cédés lui sont assurés par le décès de sa mère, suivant son testament, mais ce n'est que le décès de Carrier qui doit le mettre en jouissance. Ainsi, ni comme tuteur, ni comme pro-tuteur, ni comme gardien, Carrier n'avait aucun compte à rendre d'aucune gestion de biens appartenant au dit mineur.

D'après ce qui précède, la question de la nullité ou de la validité de l'acte fait sous ces circonstances dépend de celle de savoir si la loi, qui déclare nulles toutes transactions faites entre le tuteur et le mineur devenu majeur, est limitée seulement au cas où ce tuteur, ayant géré et administré les biens de son pupille, a transigé avec lui au sujet de la gestion et administration de ces biens, sans au préalable lui avoir rendu un compte légal et soutenu de pièces justificatives, ou si cette prohibition s'étend même au cas où le tuteur, n'ayant pas géré, et n'ayant pas eu de biens à gérer, et partant ne lui devant aucun compte, aurait fait avec son pupille devenu majeur une transaction dont l'objet serait relatif à des biens non encore échus au mineur devenu majeur, et dont le tuteur n'avait jamais eu la gestion.

Pour le tuteur qui a géré les biens de son mineur, le compte est indispensable. La loi a réglé la forme et la formalité de ce compte ; elles doivent être suivies à peine de nullité. Un compte rendu sans les formalités ainsi voulues

est considéré comme non avenu, et toutes quittances et décharges données, et toutes transactions faites sans compte préalablement rendu suivant la loi, sont nulles. Sous ce rapport, pas de difficulté ; l'ancienne jurisprudence et le nouveau droit sont d'accord sur ce point.

Mais si le tuteur qui n'a pas eu de biens à gérer pour son pupille, pour la raison qu'il n'en avait pas, achète ou acquiert à tout autre titre de ce mineur, devenu majeur, des droits qui ne lui sont pas encore échus, ou des biens dont il n'a pas encore la jouissance, ou fait avec ce mineur tout autre contrat ou convention relatifs à des biens ou affaires qui n'ont jamais été sous le contrôle du tuteur, ces contrats, conventions ou stipulations seront-ils nuls par suite des rapports antérieurs qui ont existé entre les parties, et seulement parce que tels actes n'ont pas été précédé d'une reddition de compte ?

La négative de cette proposition me paraît devoir être admise sans difficulté ; il serait si absurde de dire que, parce qu'une personne a été tuteur d'une autre, il sera pour toujours privé du droit de faire avec lui des affaires qui n'ont aucune relation avec la tutelle, et cela seulement parce que ce tuteur n'a pas rendu un compte qu'il lui était impossible de rendre.

Les autorités suivantes établissent cette opinion au-delà de tout doute :

“ Toutefois s'il est constant que le mineur n'a pas eu de biens et qu'il a été dressé procès-verbal de la carence de biens au décès de ses auteurs, le mineur ne peut attaquer une transaction faite avec son tuteur sous prétexte qu'il n'a pas été précédé d'un compte de tutelle.” (1).

“ Il suffit encore qu'un mineur n'ait d'autre fortune qu'une constitution en argent payable à sa majorité, et n'ait au-

(1) 7 Dict. de Législ., vo. Tutelle, No. 314, p. 238.

“ cun bien à administrer, pour qu'il n'y ait lieu à aucune reddition de compte tutélaire de la part du tuteur, et que, par suite, l'on ne puisse faire annuler, pour n'avoir pas été précédé d'un tel compte, le traité passé entre le tuteur et son pupille. ” (1).

“ En tout cas, la nullité prononcée par l'article 472 contre tout traité qui n'a pas été précédé d'un arrêté de compte, ne peut être étendu au traité passé entre le tuteur et l'héritier du mineur. ” (2).

“ Au surplus, les dispositions de l'art. 472 s'étendent seulement aux traités et transactions qui portent sur le compte même de tutelle, et non aux autres contrats étrangers que le tuteur peut faire avec son pupille devenu majeur. ” (3).

“ Par suite, une transaction passée entre un tuteur et son pupille devenu majeur sans reddition de compte préalable de tutelle a pu être déclarée valable, si d'ailleurs il est constaté : 1o. Que dans la position où le tuteur était placé, il n'avait aucun compte à rendre ; 2o. Que le pupille a exécuté les transactions pendant près de vingt ans. ” (4).

Carrier se trouvait dans la position de ce tuteur, et les mineurs Motz se trouvaient dans la position du mineur indiqué dans ces citations. Les mineurs n'avaient aucuns biens que leur tuteur pût gérer. Carrier leur tuteur, n'ayant pas géré leurs biens, n'avait aucun compte à leur rendre ; l'acte qu'il a fait avec son pupille n'avait aucun rapport avec le compte de tutelle ; il y était donc tout-à-fait étranger. L'acte fait avec lui aurait été parfaitement valable, s'il eût été fait avec tout autre : il doit être valable avec lui de même. Ce n'est donc pas encore faute de compte préa-

(1) Le même, No. 316.

(2) No. 318.

(3) Le même, No. 319 :—Brillon, vo. Tuteur, No. 29 :—Ancien Denisart, vo. Tutelle, No. 78 :—II Bouquet :—Domat, livre II, titre I, s. 5, No. 4, vo. Transaction, 774 :—I Delvincourt, p. 131 :—3 Duranton, No. 638.

(4) Dalloz, vo. Tutelle, No. 578 :—Voir le même, 378, 330, 362, 383, 384.

lable que l'acte a dû être regardé et traité comme nul. Je le regarde donc comme valable, et sous ce rapport, la Cour Inférieur a mal jugé en prononçant sa nullité.

Mais si en dépit de toutes ces raisons, l'acte en question devait être regardé comme entaché de nullité ; sûrement cette nullité ne serait pas absolue, et telle qu'elle ne pût être rectifiée, et l'acte validé par ratification et exécution subséquente.

Or, si cet acte était susceptible d'être ratifié, sûrement il l'a été par l'acte du 4 juillet, 1839, si toutefois ce dernier n'est lui-même entaché de nullité radicale, comme le prétend encore le demandeur.

Ce dernier acte, dit-on, approuve et ratifie le compte ou état fourni par Carrier au dit William A. Motz, au sujet de la succession de feu Catherine Motz, sa sœur, et montre la balance nette qui revenait au dit William A. Motz sur la part qu'il avait en cette succession ; et comme ce compte, dit le demandeur, est radicalement nul pour les raisons déjà exprimées, l'acte qui le ratifie et approuve doit de nécessité être entaché de nullité.

il est inutile de répéter ici ce qui a déjà été dit au sujet de ce compte du 4 juillet, 1839. Ce compte, s'il eût été rendu à la mineure devenue majeure, et que de plus Carrier eût eu la gestion des biens de cette dernière, aurait certainement été insuffisant et nul ; mais il n'était pas dû, rien n'obligeait Carrier à le rendre ; il était du reste rendu, non à la mineure elle-même, mais à son héritier qui était libre de l'accepter ou de le répudier. Il était en son pouvoir, s'il le trouvait avantageux, d'attendre l'expiration de l'usufruit de Carrier, et alors se faire remettre par sa succession ce qui lui serait revenu dans la succession de sa sœur. Au lieu de cela, le dit William A. Motz, six ans au moins après avoir transigé avec Carrier pour sa propre part, consent ce nouvel acte, qui est basé sur les mêmes calculs et les

mêmes données que celles adoptées dans l'acte de 1833, lequel, comme celui de 1839, admettait comme la part de chacun des héritiers ou légataires Motz dans la succession de leur mère, la somme de £505 6 3. Cet acte donc, dont probablement la mineure elle-même aurait eu droit de se plaindre, contre lequel elle aurait peut-être pu se faire restituer, si c'eût été elle qui l'eût consenti, après sa majorité, ne peut être attaqué pour les mêmes causes par son héritier, suivant l'autorité déjà citée." (1).

" En tout cas, la nullité prononcée par l'art. 472, contre " tout traité qui n'a pas été précédé d'un arrêté de compte, " *ne peut être étendu au traité passé entre le tuteur et l'héritier du mineur.*"

Ces raisons doivent convaincre que cet acte de 1839 est valable, qu'il lie le demandeur, comme il liait son cédant qui l'avait consenti, et que c'est à tort que la Cour Inférieure l'a traité comme nul.

Ce qui précède suffirait, je pense, pour dispenser de l'examen de la question soulevée par l'appelante, consistant à savoir ;

" Si, en admettant que les actes consentis par le dit William A. Motz fussent annulables, le demandeur, comme " cessionnaire de son frère, avait droit de demander cette " nullité, vu que l'acte de transport par lequel il représente " son frère, (acte du 8 mars, 1852) ne lui a pas cédé en " propres termes les rescindants et rescisoires qui pouvaient " lui appartenir."

Cette question est sans portée aucune, d'après la solution donnée à celles qui l'ont précédée, puisqu'il a été démontré que William A. Motz, qui a consenti ces actes, n'aurait pas pu faire reconnaître leur nullité, s'il l'eût demandé lui-même, à plus forte raison son cessionnaire ne le pouvait-il

(1) 7 Dict. de Législ., vo. Tutelle, No. 318, p. 235.

pas, quand même il aurait tous les droits qui appartiennent à son cédant, les rescindants et les rescisoires avec le reste.

Pourtant, puisque la question a été soulevée, il est aussi bien de dire que, d'après les autorités citées de la part de l'appelante, et quelques autres qu'on y peut ajouter, il paraît bien établi que le droit qu'a le mineur, parvenu à sa majorité de demander lui-même la rescision d'un acte passé en minorité, n'est pas transporté au cessionnaire par la cession qui lui est faite des droits de ce mineur, sans une stipulation expresse que le droit de demander cette rescision est cédé avec le reste.

“ Cession générale de droits et actions ne comprend les “ rescindants et rescisoires.” (1)

“ Cession, même générale, des droits et actions ne comprend pas les actions rescisoires, parce qu'elles dépendent “ absolument de la volonté, et que quelquefois il y a de “ l'honneur et de la réputation, et que *actionis verbo non continetur exceptio*.” (2)

Reste maintenant à examiner cette partie de la défense fondée sur la prescription, et dans laquelle l'appelante prétend que, quand même les actes par elle invoqués contre le demandeur seraient ou auraient été entachés de vices et défauts qui auraient été de nature à donner au demandeur et à ceux qu'il représente, le droit d'être restitué, que le demandeur n'était plus à temps, lors de l'institution de son action, pour demander cette restitution ; son droit à cet égard étant prescrit.

L'action fut portée en juin, 1852. Les actes prétendus nuls et dont le demandeur, par cette action, demande rescision, sont dans l'ordre chronologique, les suivants :

(1) Lacombe. Vo. Restitution, p. 597, No. 15.

(2) Le même, Vo. Transport, p. 764 :—II. Arrêt de Louet, Lettre T. P. :—3 Delvincourt, Note (6.)

I. 31 août, 1830—Inventaire.

II. 27 avril, 1831—Transp. par James Motz à Carrier.

III. 7 décembre, 1833—Transp. par W. A. Motz, au même.

IV. 4 juillet, 1839—Reddition de compte à W. A. Motz.

V. 4 juillet, 1839—Acceptation de compte par W. A. Motz.

VI. 30 avril, 1841—Règlement entre James Motz et Carrier.

En comparant ces dates, l'on voit qu'entre le 27 avril, 1831, date de la cession de droits par le demandeur à Carrier, et le 30 avril, 1841, date du règlement de compte entre eux et de la quittance et décharges générales qu'ils se sont mutuellement données, il y a tout juste *dix ans et trois jours*. Ainsi le demandeur, au lieu de se pourvoir pendant les dix ans qui ont suivi l'acte dont il se plaint, pour se faire restituer contre les fraudes dont il pouvait être entaché, comme il le prétend maintenant, laisse passer dix années entières pendant lesquelles sûrement il a toujours été majeur, et à l'expiration de ces dix années, il consent à Carrier un nouvel acte, ratifiant tout ce qui a été fait auparavant, et lui donne une quittance générale pour toutes autres demandes généralement quelconques, qu'il pouvait avoir contre lui jusqu'à ce jour.

Ce dernier acte passé, le demandeur garde encore le silence, ne se plaint aucunement des actes qu'il a passés et par suite desquels il lui a été payé des sommes assez considérables ; ce silence n'est rompu qu'en juin, 1852, lorsqu'il porte la présente action. Entre la date du 30 avril, 1841, et l'institution de l'action, il y a onze ans. Ainsi, lorsque le demandeur s'est pour la première fois plaint judiciairement des actes qui lui sont opposés en sa qualité personnelle, il y avait plus de dix ans que le dernier de ces

actes était passé, et non-seulement le demandeur ne s'est pas pourvu contre ces actes pendant les dix ans à compter de sa majorité, mais il a été plus de dix ans avant de se plaindre en justice de ceux qu'il avait consentis depuis sa majorité accomplie.

L'on ne peut pas en dire tout-à-fait autant des actes consentis par William A. Motz, mais peu s'en faut, et le résultat auquel il faut en venir est le même.

Le premier acte qu'il a consenti est celui du 7 décembre, 1833. Nous avons vu qu'alors il était, ou doit être regardé comme ayant été majeur. Quoiqu'il en soit, sous ce rapport, cet acte qui, au plus était annulable, et non nul de plein droit, est approuvé et ratifié par celui du 4 juillet, 1839, époque à laquelle sa majorité ne souffre plus de difficulté. Entre la date de ce dernier acte (4 juillet, 1839) et celle du transport fait au demandeur, (8 mars, 1852), il s'est écoulé plus de dix ans, pendant lesquels le dit William A. Motz a gardé un silence complet sur les fraudes, malversations et injustices de tout genre, dont le demandeur s'est plaint depuis qu'il a obtenu la cession des droits prétendus de son frère.

Lors de cette cession faite au demandeur par le dit William A. Motz, de ses droits prétendus, il y avait dix-neuf ans que ce dernier avait vendu les mêmes droits à Carrier, pour une somme considérable qu'il avait reçue comptant ; il y avait treize ans, qu'il avait confirmé cette première vente et en avait fait une autre semblable pour laquelle il avait été également payé. C'est deux ans après le transport que lui fait son frère, qu'il a porté contre la succession Carrier, l'action au moyen de laquelle il cherche à faire mettre de côté tous ces actes, tant ceux qu'il a faits lui-même que ceux qui ont été faits par son frère qu'il représente.

Les prétentions émises sous de pareilles circonstances paraissent un peu tardives ; cependant si elles sont bien fondées et qu'elles ne soient pas prescrites, la Cour devait les

admettre, c'est ce qu'elle a fait en déclarant par son jugement que " le demandeur est encore recevable en droit aujourd'hui à se pourvoir en restitution contre les dits actes et invoquer la nullité."

Il a été dit déjà et répété que, de tous les actes dont se plaint le demandeur, il n'en est aucun qui soit nul de plein droit, tellement que la ratification ne le pût valider. Ce que l'on peut dire de plus favorable au demandeur, c'est que ces actes étaient annulables, soit parcequ'ils avaient été faits en minorité, ou bien rectifiables parce qu'il y avait eu erreur, omission, recels ou même surprise, déception ou fraude. Or si ces actes n'étaient qu'annulables, l'action pour faire déclarer cette nullité, aurait dû être portée dans les dix ans après leur confection, s'ils ont été passés en majorité, et dans les dix ans depuis la majorité, s'ils ont été passés en minorité. (1)

Ces deux propositions sont appuyées sur les autorités les plus nombreuses et les plus respectables, citées dans la note ci-jointe.

-
- (1) II. Arrêts de Louet, lettre T. p. 738, No. 6.
 4 An. Denis. Vo. Tutelle, p. 779, No. 103.
 Domat, livre 4, tom. 6, des rescissions, S. I. No. I.
 Lahais sur l'art. 1304, p. 564.
 29 Merlin Rep. Vo. Rescision, p. 171.
 Lacombe, Restitution, p. 601.
 Pothier, Oblig. No. 4.
 I. Grenier, Hypoth. pp. 76, 77.
 Ordonnance de 1610, Art. 46 :—Ord. 1594.
 3 Chardon, No. 542, p. 296.
 Art. 1304 et 1311, du Code.
 6 Toullier, No. 106. note I. p. 108.
 7 Toullier, No. 612 :—Lahais, p. 565.
 5 Proudhon, Usufruit, No. 2402.
 10 Duranton, Nos. 283, 286.
 Domat, livre 4. Tom. 6. Rescision S. I. No. 9.
 2 Delvincourt, p. 62, note 6.
 12 Duranton, No. 560, Art. 475 :—Lahais, p. 24.
 2 Proudhon, Cours de droit, p. 295.
 7 Dict. de Législ. No. 301, p. 283.
 4 Dalloz, Vo. Tutelle, Nos. 551, 552, 553.
 Le même, Vo. Rescision, No. 39.
 I. Despeisses, titre 16, p. 588, Note.
 15 Rep. Guyot. Rescision, p. 323.
 I Pothier. Vente, No. 347.
 Merles, p. 366, 492, 493.
 17 Rep. Guyot, Transaction, p. 446.
 Merlin. Rep. Ratification, p. 723.

De toutes ces autorités, il résulte que tant d'après la jurisprudence ancienne que d'après la nouvelle, le mineur devenu majeur n'a que dix ans à compter de sa majorité pour se faire restituer contre les actes qu'il a consentis à son préjudice pendant sa minorité ; que ce temps passé, il ne lui est plus permis de s'en plaindre, et aussi que le majeur n'a que dix ans pour se faire restituer contre les actes dans lesquels il a été lésé, le temps courant de la date de l'acte dont il a à se plaindre.

Ces deux principes de droit sont applicables à notre espèce, l'appelante les a invoqués tous deux contre le demandeur ; car en admettant, se qu'elle ne fait pas pourtant, que tous les actes contre lesquels le demandeur cherche à se faire restituer, seraient de fait entachés des causes de rescision et de nullité qu'il leur prête, il n'est plus à temps pour en demander la rescision, parce que quant à ceux qu'il a consentis lui-même, il a non-seulement laissé passer dix ans après sa majorité sans réclamer contre ; mais de plus ceux qu'il prétend avoir passés en minorité, il les a ratifiés par actes faits en majorité depuis plus de dix ans lorsque sa présente action a été portée ; par suite de quoi, cette prescription de dix ans pouvait lui être opposée avec succès.

Je pense avoir examiné et discuté chacune des questions de quelque importance qui ont été soulevées dans la présente cause. Je n'ai rien dit cependant au sujet du don gratuit dont il a été fait un point dans l'argumentation, la chose étant inutile, puisque la Cour Inférieure avait sous ce rapport débouté le demandeur et donné gain de cause à l'appelante, et que, quoique le demandeur se soit plaint de cette décision, n'ayant pas fait un contre appel, il serait impossible à la Cour pour cette raison de réparer l'injustice dont il se plaint, quand même elle serait d'avis qu'elle existe.

Sur chacune des propositions que j'ai discutées, il m'a fallu en venir à une conclusion différente de celle adoptée

par la Cour Inférieure : il n'en pouvait être autrement, puisque je diffère avec elle, tant en fait qu'en droit, sur chacune des propositions qu'elle a émises dans son jugement, comme étant les motifs sur lesquels il est basé. Ces motifs ne m'ont paru ni justifiés par la preuve, ni conformes à la loi : pour ces raisons, je regarde le jugement dont est appel incorrect en son entier, et suis d'avis qu'il doit être infirmé *in toto*.

MONDELET, Juge :—Je ne partage aucune des opinions qui viennent d'être énoncées par l'honorable Président de la Cour, et par l'honorable juge Caron, et j'aurais été disposé à confirmer le jugement, si je n'avais eu devant moi l'ordonnance de 1539, et si je n'y trouvais pas une disposition qui ne me laisse aucune discrétion. Il ne faut pas moins que cette loi pour imposer silence à toutes les considérations qui auraient pu justifier une conclusion contraire. Je trouve dans cette ordonnance une défense d'écouter une action semblable à celle qui nous est soumise, lorsqu'elle est portée après dix ans ; les termes sont impératifs, et en conséquence, pour cette raison seule, je concours dans le jugement qui va être rendu, et qui infirme celui de la Cour de première instance. Mais je ne puis concourir dans les autres motifs insérés dans ce jugement. Comme il a été observé, la question de minorité a beaucoup influé la Cour Inférieure ; je partage son opinion sur ce point, et je me trouve fortifié dans ma détermination sur la minorité de Motz, par l'observation de l'honorable juge Caron qui admet lui-même qu'il y a des doutes à cet égard. On a dit que James Motz ayant fait une déclaration qu'il était majeur, c'était à lui à démontrer, d'une manière évidente, qu'il était alors mineur. Ce principe est concédé dans toute sa latitude. La question est de savoir, s'il a fait cette preuve. On lui a opposé la déclaration faite au Séminaire lorsqu'il y est entré. M. Parent, interrogé sur ce point, dit qu'il est *satisfait* que c'est James Motz qui a déclaré l'âge qui est entré au registre des élèves ; que c'est la pratique de prendre cette déclaration des élèves eux-mêmes. Cependant,

il ne peut dire au juste, que tel a été le cas pour Motz ; au reste le registre du collège n'est pas infaillible, et ne fait pas une preuve légale. Cette preuve doit donc être écartée. On allègue ensuite la déclaration faite par Motz en l'acte de tutelle. Un auteur a dit qu'il était aussi facile de faire dire à un mineur qu'il est majeur, que de l'engager ou induire à vendre ses propres biens. Cette déclaration ne peut guères avoir de poids. Les présomptions que l'hon. Juge-en-Chef tire de l'intérêt de Carrier d'avoir l'apparence d'un légitime contradicteur me paraissent peu fondées. Carrier a pu calculer d'avance sur le besoin que Motz aurait d'argent et sur l'obtention d'une décharge, qu'il a en effet obtenue en 1841. La décharge de l'obligation de faire inventaire ne peut valoir. L'inventaire qui a été fait est illégal, n'ayant pas été fait avec un légitime contradicteur; J'ai des doutes, quant à la question s'il était nécessaire d'une action pour faire déclarer la nullité de plusieurs de ces actes, et il n'a fallu rien moins que l'acte de 1841 pour passer l'éponge sur le tout. La mère est censée le plus en état de connaître l'âge de ses enfants, mais ici nous n'avons pas sa déclaration formelle ni juridique à cet égard ; et la requête pour tutelle a pu n'être que l'acte d'un notaire, comme c'est ordinairement le cas, nous n'avons encore que des présomptions. Mais il est un fait décisif : Catherine Murphy dit que son enfant est né dans tel mois ; elle a connaissance de la naissance de James Motz, il avait trois mois quand elle a eu son enfant, c'est là, à mon avis, une preuve concluante ; cette femme devait bien connaître l'âge de son enfant, et elle affirme positivement que James Motz avait trois mois de plus. Je suis donc convaincu que James Motz est né en 1810, conséquemment qu'il était mineur lors de la tutelle, mais non lors de l'acte de 1841. J'ai eu de la difficulté à m'expliquer l'opinion des auteurs qui ont soutenu que l'action ne se prescrivait que par trente ans dans les cas de dol, fraude, etc. On sent l'importance de recourir, en pareil cas, à la source, à une ordonnance précise, et sans l'ordonnance de François I, art. 134, je n'aurais pu aucunement concourir dans le jugement de cette Cour.

Le jugement de la Cour Supérieure est comme suit :—

La Cour ayant examiné la procédure et la preuve, entendu les parties par leurs avocats, et sur le tout mûrement délibéré ; considérant que le demandeur a droit, en vertu du testament de feu Christiana McPhee, sa mère, veuve en premières noces de feu John Motz, et épouse en secondes noces de feu Joseph Carrier, aussi maintenant décédé, reçu à Québec, devant Mtre. Panet et son confrère, notaires, le vingt-quatrième jour de décembre, mil huit cent vingt-huit, sujet à l'usufruit en faveur du dit Joseph Carrier, sa vie durant, à trois cinquièmes au total des biens délaissés par la dite Christiana McPhee, savoir : un cinquième comme étant aux droits de William Andrew Motz, son frère, suivant acte de transport, sous seing-privé, attesté du seing et sceau du maire de la ville de Buffalo, dans l'Etat de New-York, et déposé le vingt-quatre avril, mil huit cent cinquante-deux, en l'étude de Mtre. Petitclerc, notaire, et dont copie est produite en cette cause, le dit William Andrew Motz étant aussi légataire universel pour autant ; un dixième comme représentant, en vertu du même transport, le dit William Andrew Motz, héritier pour moitié de feu Catherine Motz, sa sœur, aussi légataire universelle pour un cinquième de sa dite mère, et décédée en minorité et *ab intestat* ; et enfin le dit James Motz pour un dixième comme héritier aussi pour moitié de la dite Catherine Motz ;—que le dit demandeur était mineur lors du prétendu inventaire fait à Québec, par le ministère du dit Mtre. Louis Panet et de son confrère, le trente-et-un août, mil huit cent trente, par le dit Joseph Carrier, des biens de la communauté d'entre lui et la dite Christiana McPhee, ainsi que le vingt-sept avril, mil huit cent trente-et-un, date du prétendu transport de droits successifs par le dit demandeur au dit Joseph Carrier, par devant le dit Mtre. Panet et son confrère ;—que le dit William Andrew Motz était pareillement mineur, lors de la prétendue cession par lui faite au dit Joseph Carrier, par acte devant Mtre. Panet et son confrère, en date du sept décembre, mil huit cent trente-trois ;

que le dit prétendu inventaire est entaché de lésion, dol et fraude, et confond les biens propres à la dite Christiana McPhee avec ceux de la dite communauté ; que le dit inventaire est nul en droit comme fait sans contradicteur ; considérant principalement que lors des dits actes respectifs du vingt-sept avril, mil huit cent trente-et-un, et sept décembre, mil huit cent trente-trois, il n'a été rendu par le dit Joseph Carrier aucun compte de la tutelle qu'il avait gérée et administrée, ni fait remise des papiers concernant cette gestion ; que l'acte du quatre juillet, mil huit cent trente-neuf, reçu devant le dit Mtre. Panet et son confrère, notaires, et intitulé : " reddition de compte par Joseph Carrier à William Andrew Motz," ne contient non plus aucun compte, mais seulement la mention de la somme que, d'après le dit inventaire, le dit Joseph Carrier reconnaissait afférer à la succession de la dite Catherine Motz ; que l'acte du trente avril, mil huit cent quarante-et-un, reçu devant le même notaire et son confrère, intitulé : " règlement de compte entre Joseph Carrier et James Motz," ne comprend non plus aucun compte ; que vu l'absence des dits comptes et pièces, et vu le dol et la fraude, le demandeur ès-dits noms est encore aujourd'hui recevable en droit à se pourvoir en restitution contre les dits actes et à invoquer leur nullité,—déclare le dite inventaire du trente-et-un août, mil huit cent trente, et les dits actes du vingt-sept avril, mil huit cent trente-et-un, sept décembre, mil huit cent trente-neuf, et trente avril, mil huit cent quarante-et-un, nuls et rescindés, et remet le demandeur ès-dits noms aux mêmes état et droits que s'ils n'eussent pas été passés, sauf à rendre compte de ce qui a été reçu par lui ou ceux aux droits desquels il agit, avec l'intérêt jusqu'au décès du dit Joseph Carrier ; condamne la défendresse, ès-qualités mentionnées en la déclaration, à rendre au demandeur, sous quatre mois de la signification du présent jugement, un compte bon et fidèle et sous serment, de la gestion du dit Joseph Carrier des biens appartenant aux dits James Motz, William Andrew Motz et Catherine Motz, y compris le compte des biens, meu-

bles et immeubles, dépendant de la succession de la dite Christiana McPhee, comprenant tant ceux qui lui étaient propres, que ceux dépendant de sa communauté avec le dit feu Joseph Carrier, à l'époque du décès de la dite Christiana McPhee ; ordonne que, pour constater les biens de la dite succession et de la dite communauté avec le dit feu Joseph Carrier, à l'époque du décès de la dite Christiana McPhee, il sera procédé, sous le délai ci-dessus, à en dresser bon et fidèle inventaire, suivant la loi ; et la Cour, admettant la prétention du demandeur quant au don gratuit mentionné en la déclaration pour un dixième, savoir : pour le cinquième de la motié, (*sic*) renvoie le dit demandeur de cette partie de sa demande qui a rapport au prétendu don gratuit et à la continuation de communauté après le décès de la dite Christiana McPhee : réserve à faire droit ultérieurement sur les autres conclusions de la déclaration ; dépens réservés.

Le Jugement de la Cour d'Appel est comme suit :—

La Cour, etc.—1o. Considérant qu'il n'existe pas d'acte authentique constatant l'époque de la naissance de l'intimé James Motz et de son frère William A. Motz, tous deux nés du mariage des défunts John Motz et C. McPhee.

2o. Considérant, quant à l'intimé, que selon les déclarations qu'il a faites lui-même, principalement à l'occasion de sa nomination à la charge de subrogé-tuteur de son frère et de sa sœur, le 21e jour d'août, 1830, il doit être réputé avoir atteint, dès avant ce jour là, son âge de majorité ; que dans ces circonstances il incombait à l'intimé, qui a prétendu en cette instance qu'il était encore mineur à cette époque, d'établir le fait de cette minorité par une preuve claire et précise, mais qu'une telle preuve n'existe pas au dossier.

3o. Considérant, quant au dit William A. Motz, qu'il résulte de la preuve qu'il a atteint sa majorité dès avant le 7 déc., 1833, date du transport qu'il a fait au dit Joseph Carrier ; qu'en supposant même que cette preuve n'existerait

pas, le dit William A. Motz n'en devait pas moins être réputé avoir été majeur à l'époque de l'acte du dit transport par le fait seul de cet acte même, à moins d'une preuve claire et précise au contraire ; qu'il incombait à l'intimé de faire une telle preuve ; mais qu'il n'a pas réussi à la faire.

40. Considérant que le dit Joseph Carrier avait sa vie durant la jouissance et l'usufruit des biens légués en propriété par la dite Christiana McPhee à ses enfans ; qu'en vertu de l'acte qui lui a conféré la tutelle du dit William A. et Catherine Motz, sœur de ce dernier et de l'intimé, le dit Joseph Carrier n'a pas eu à administrer d'autres biens appartenant à ces deux mineurs, puisque pendant cette tutelle ces deux enfans n'ont pas eu d'autres biens que ceux ci-dessus mentionnées : Considérant que le dit Joseph Carrier n'a jamais été le tuteur de l'intimé, que dans ces circonstances il n'a pas eu de compte à rendre aux trois enfans Motz, que par conséquent l'absence de reddition de compte n'est pas un moyen que l'intimé puisse valablement invoquer pour faire annuler les traités que lui et son frère ont faits avec le dit Joseph Carrier.

50. Considérant que l'intimé et son frère étant réputés avoir été majeurs lorsque les dits traités ont eu lieu, ces traités ont pu être valablement faits entre eux et le dit Joseph Carrier, non-seulement pour leurs propres parts, mais encore pour celle de leur sœur décédée en minorité et dont ils étaient héritiers.

60. Considérant qu'en supposant que l'action en nullité eût pu être valablement intentée, cette action a été néanmoins périmée par le laps des dix années durant lesquelles la loi permettait de l'intenter.

70. Considérant qu'il n'a pas été prouvé que l'inventaire du 31 août, 1830, fut entaché de dol et de fraude, que les erreurs et omissions qui y ont été signalées ne sont pas dans les circonstances de la cause de nature à faire annuler le

dit inventaire, qu'elles peuvent seulement donner lieu à une demande spéciale en réformation ou rectification, dans laquelle action *onus probandi* tomberait en premier lieu sur l'intimé, que par conséquent celui-ci n'était pas fondé à se pourvoir, comme il l'a fait, par une action générale en nullité, en pétition d'hérédité, en confection d'inventaire et en reddition de compte.

80. Considérant par conséquent que dans le jugement dont est appel, il y a eu mal-jugé en ce qu'il porte condamnation contre l'appellante ès noms et qualité qu'elle agit : Infirme le susdit jugement, savoir, le jugement, rendu par la Cour Supérieure siégeant à Québec le 5 sept., 1855, et ce en autant qu'il porte la susdite condamnation et déclare nuls le susdit inventaire et les autres traités ou actes qui y sont énumérés ; et cette Cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déboute le dit James Motz de son action contre la dite appelante ès noms et qualité, et le condamne aux dépens envers elle tant en cette Cour qu'en la dite Cour Supérieure, réservant néanmoins au dit James Motz tel recours légal qu'il eût pu exercer par action spéciale, de même que si la présente action n'eût pas été intentée.

Enfin il est ordonné que le dossier soit remis à la dite Cour Supérieure siégeant à Québec.

Le juge Mondelet concourt dans le résultat du jugement sur le débouté de l'action de James Motz sur le principe de la prescription des dix ans aux termes de l'article 134e de l'ordonnance de François Ier. de 1539 ; mais il n'accède aucunement aux autres considérants du jugement rendu ce jour par cette Cour.

GAUTHIER, pour l'appelante,

STUART, G. O., Conseil.

LELIEVRE et ANGERS, pour l'intimé.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF QUEBEC.
 APPEAL SIDE.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief-Justice, AYLWIN,
 DUVAL, and CARON, Justices.

THIBAudeau *et al.* *Appellants.*
 and

LEE, ... *Respondent.*

Held :—That the word "Summer", used in a contract to indicate the period within which timber should be delivered in Quebec, means, under the circumstances disclosed in the case, the season of navigation, which begins in the commencement of May, and terminates about the end of November, and cannot be understood as limiting the time strictly to the three months which form the season of summer, as the year is divided in the calendar.

The unanimous judgment of the Superior Court, which held the contrary, is unanimously reversed in appeal.

Jugé ;—Que le mot "Été" employé dans un contrat pour spécifier l'époque pendant laquelle du bois devra être délivré à Québec, désigne, dans le cas particulier, la saison de la navigation, qui s'ouvre vers le commencement de mai, et se termine vers la fin de novembre, et ne peut être entendu comme limitant strictement le temps de la livraison aux trois mois qui forment la saison de l'été, suivant la division astronomique de l'année.

Le jugement unanime de la Cour Supérieure, qui a jugé le contraire, est unanimement infirmé par la Cour d'Appel.

Judgment rendered the 7th day of January, 1857.

The action was brought by the appellants, who were plaintiffs in the Court below, on the 30th January, 1855, to recover £619. 6. 0, being the price of certain tamarac, futtocks and knees sold by them to the respondent on the 22nd April, 1854, to be delivered during the following summer, and which the appellants alleged that they were prepared to deliver, but that the respondent refused to accept ; and also to recover a further sum of £45 for certain expenses on the timber which the appellants incurred in consequence of such refusal. There was also a count in the declaration for goods bargained and sold. The defence set up by the respondent to this action was, the general issue, and a plea of perpetual exception in which he alledged that, although the appellants commenced delivering a portion of the timber so sold, in the month of June, 1854, which portion the respondent accepted, they then, to suit their own purposes and to enable them to employ their schooners and ves-

sels in some other way, ceased delivering the residue of the timber, and did not offer it to the respondent until after the summer season was over, when he, as he had a right to do, refused to accept it. Upon these pleas issue was joined.

The contract which gave rise to the action, and which is produced by the appellants, is in the following terms: "Messrs. Thibaudeau & Larue sell, and T. C. Lee buys, "all the tamarac, futtocks and knees they have at Port-neuf and St. Basile. The timber, futtocks and knees "to be delivered during summer at T. C. Lee's booms or "wharves on St. Charles river. The price of tamarac to "be eight pence per foot cubic, about 500 futtocks at St. "Basile at fifteen shillings each, about 250 futtocks at "Portneuf at ten shillings, 1000 tamarac and spruce "knees at four shillings currency each, payment one third "cash, and the balance, note at three months."

It appears that a part of this timber was delivered to the respondent in the month of June, 1854, the remainder, which forms the subject of the suit, was brought to his booms on the 13th October, 1854, when he refused to accept it, the summer, as he pretended, having terminated. The sole question therefore which remained in dispute between the parties was whether the 13th October could be considered as included in the summer season or not.

Hence the action of the appellants, for the price of the said timber with tender of delivery, their pretension being, that the word "Summer" used in the contract, meant the season of navigation, which, at the port of Quebec, begins at the commencement of May, when the St. Lawrence becomes clear of ice, and terminates about the end of November, when the winter sets in.

The whole question to be determined between the parties, was, as to the meaning of the word "summer," under the circumstances, and in relation to the peculiar transaction. A good deal of contradictory evidence was produced on the

subject, the purport of which will be understood from the observations of the Judges in both Courts. In the Superior Court, the pretensions of the respondent were adopted. Meredith, Justice, pronounced the Judgment.

MEREDITH, Justice :—The timber contracted for in this case was to have been delivered, “in summer,” and the tender of it, under the contract, was made in October. It therefore became necessary for the plaintiffs to prove that the term “summer,” includes the month of October. The plaintiffs have attempted to do this, and much parol evidence has been adduced as to the signification of the word *summer*. No usage on the point has been proved, but the weight of evidence is, I think, in favor of the defendant.

The plaintiffs have examined several witnesses on this point ; and although the case turns upon the meaning to be attached to an english word of doubtful signification, five gentlemen, speaking the french language, and who have given their evidence in that language, have been examined on the part of the plaintiffs, namely : Messrs. Langevin, Simard, Huot, Gaudry and Mayrand, and of these five, four are not engaged in the timber trade. The defendant on the other hand, has examined Messrs. George Pemberton, D. D. Young, Dunn, W. H. Jeffery, J. E. Gingras, John Munn, James B. Forsyth, Joseph Roberts and John Sharples ; and none of them give to the word “summer,” the meaning contended for by the plaintiffs. Mr. Timothy H. Dunn, a gentleman of experience in the timber trade, says : “the words, “season of navigation, are always used in the trade, when “the whole season is intended ;” and his evidence, on this point, is confirmed by that of Mr. Clint, one of the plaintiff’s witnesses, who says : “the words season of navigation,” are generally used in such contracts, but the other expression is sometimes used.

The fact that the timber mentioned in the contract is used for ship-building, and that ship-building is carried on

chiefly in the winter, is in favor of the plaintiffs. But on the other hand, we see that the defendant sold the timber as it arrived. It is also in evidence that the plaintiffs delivered a part of the timber early in the summer ; and that they made great efforts, and incurred considerable expense to obtain the remainder of it at the same time ; and their anxiety on this point does not indicate a belief on their part, that they could make the delivery at any time during the season of navigation. Their questions on *faits et articles*, moreover tend to shew, that they deemed it necessary to give some explanation for not having delivered the timber before October. In a word, the plaintiffs cannot succeed, unless they have proved that the month of October forms part of the summer ; and in my opinion they have not done so. The word *summer*, has a known meaning which is to be found in every almanack, and no usage of trade giving to it a different meaning having been proved, I think the plaintiffs cannot succeed in their action.

The judgment of the Superior Court is as follows :

The Court, (composed of Bowen, Chief Justice, Meredith, and Badgley, Justices,).... Considering that the plaintiffs have failed to deliver to the defendant the timber mentioned in the plaintiffs declaration, in the course of the summer, as stipulated and agreed upon between the parties plaintiffs and defendant, and that the defendant was justified in refusing to accept a delivery thereof in the month of October : It is by the Court adjudged that the present action of the plaintiffs be, and the same is hereby dismissed, with costs to the defendant and against the plaintiffs.

The case having been carried into the Court of Appeals, the Judges there were unanimously of opinion, that the judgment of the Court below ought to be reversed, and that the words, summer and winter, as applied to commercial transactions in Canada, mean a division of the year in two parts, to wit, the season of navigation and the season from

the closing to the opening of the navigation. The appreciation of the evidence, and the grounds of the judgment may be collected from the following remarks of the Judges.

DUVAL, Justice :—As a general rule, the words of a contract are to be interpreted according to their popular usual meaning rather than according to their exact definition, the common and general use, *jus et norma loquendi*, is our guide to a true construction. Applying this rule to the case before us, how is the word, *summer*, which we find in the contract between the parties, to be understood. The respondent contends it means the three summer months astronomically considered. I am decidedly opposed to this construction. It might suffice to observe that, if adopted, the contract could not be fulfilled; for as the wood must be floated down small streams of water, (land conveyance being too expensive,) it is well known these small streams are so dried up by the heat of summer as to render it impossible to float down any wood. The respondent has attempted to prove that the meaning of this word is well defined and understood among mercantile men. In this he has signally failed. No two witnesses produced by him agree; on reading their evidence, one would be disposed to believe that the respondent had selected men from different parts of the Globe to establish the fact that in no two places has the word the same meaning. This clearly shews there is no such understanding in the trade as the respondent has set up. If the respondent's contracts with others, made it necessary for him to receive the wood within the period he mentions, he ought to have notified the appellants of the fact. For want of such evidence on behalf of the respondent, we must take the word in its common and general use. The entire year is sometimes divided into summer and winter, the former signifying the warmer, and the latter the colder part of the year; this is said by Webster. A french writer, Landais, says: "On comprend sous le mot *été* la plus belle moitié de l'année." Again Webster says:

“Astronomically considered, winter commences in northern latitudes, when the sun enters Capricorn, or at the Solstice about the 21st December, and ends at the Equinox in March; but in *ordinary discourse*, the three winter months are December, January and February.” I ask if in Lower-Canada, you could find any one man who would tell you that winter commences in December and ends in February? Suppose a contract to furnish fire-wood during the winter, would any man seriously contend that the contract was limited to the three last mentioned months? assuredly not. The same answer must be given, when it is attempted to limit our summer to three months. The parties did not contract as Astronomers or scientific characters, but as men of business, and as such their contract must be read and interpreted in Courts of Justice. It is quite clear the appellants would not, and could not have entered into this contract, if the respondent had insisted on the delivery being made within the time he now contends for.

AYLWIN, Justice :—Concurs.

CARON, Juge :—Les demandeurs allèguent qu'en exécution de ce marché ils ont apporté au lieu convenu tout le bois vendu ; que le défendeur en a accepté partie, et a refusé le reste, pour la valeur duquel est portée leur action pour £665. 12. 9, valeur de la partie du bois offerte, et quelques dommages résultant du refus du défendeur.

La défense est une exception où le défendeur dit, que la partie du bois refusée lui a été offerte le 13 octobre ; partant, après le temps convenu, lequel était, *the summer* ; qu'il l'avait pour cette raison refusé, ainsi qu'il avait droit de le faire.

Pas de difficultés sur la quantité et la valeur du bois offert. Si le défendeur était tenu d'accepter le bois à l'époque où il lui a été apporté, la somme qui lui est deman-

dée est légitimement due. Le défendeur dit que "*summer*" veut dire les trois mois de l'année depuis le 21 ou 22 juin, suivant le calendrier ; tandis que de la part des demandeurs par ce mot "*summer*," il est prétendu que l'on doit entendre la saison de la navigation, la saison des affaires, distinguée de la saison de l'hiver où la navigation est close et les affaires moins actives.

La question roule sur l'interprétation à donner à ces termes. La cour inférieure a adopté celle du défendeur et a renvoyé l'action.

Comme il s'agit d'une affaire commerciale, d'un contrat de commerce, il faut interpréter les expressions dont ont fait usage les parties, suivant l'usage du commerce, plutôt que suivant les strictes règles de la grammaire. C'est pour établir cet usage que les parties ont fait entendre des témoins, sept de la part des appelants, dix de la part de l'intimé. Sur le point en question, la signification du mot "*summer*," les témoins des demandeurs sont à peu près tous d'accord avec M. Mayrand, l'un d'eux, qui dit : " Dans notre commerce, nous distinguons deux saisons, celle de l'été, pendant laquelle dure la navigation, et l'hiver pendant lequel la navigation est close."

Angus McDonald dit : " I can state that that contract " would be understood by the contractors for timber in small " rivers, to mean the season of navigation."

M. Charles Langevin dit : " Les mots, " l'été," "*during summer*", sont généralement interprétés en affaires commerciales à Québec, comme comprenant et voulant dire, " la saison de la navigation." Lorsque je faisais des ventes le printemps, payables dans le cours de l'été, je comprenais que le paiement se ferait durant ce cours et jusqu'à la clôture de la navigation."

Henry Clint dit : " My opinion is that the summer season, in business, is the season of navigation."

Honoré Simard, Charles Huot, Isaïe Gaudrie, tiennent absolument le même langage.

Aux témoins du défendeur on a posé la question suivante :

“ Look at the contract filed in this cause, and state to what period of the year you consider that the word “ *summer* ” would be understood among persons engaged in the “ timber trade to apply.”

La réponse généralement donnée à cette question est celle de G. Pemberton, le premier témoin, qui dit :

“ I would understand it to apply to the months of June, July and August, and I consider that it would be generally understood so in the trade.”

Répondent ainsi Charles E. Dunn, Elie Gingras, Wm. Henry Jeffery, John Munn, Joseph Roberts, D. D. Young, T. H. Dunn, J. B. Forsyth. John Sharples, ne s'accordant pas avec les autres, dit : “ que d'après ce contrat, des livraisons “ faites en septembre seraient bonnes, mais non en octobre.”

Sauf meilleur avis, il me semble que par “ *summer* ” on doit entendre la saison de la navigation, surtout dans les circonstances de cette cause. Si le défendeur n'était pas tenu de recevoir son bois après le 20 de septembre, il n'aurait pas été tenu de l'accepter avant le 20 de juin. Or qui peut dire que le commencement de juin ne fait pas partie de l'été, parmi les gens d'affaires ; le mois d'octobre en fait également partie.

Il me paraît que les demandeurs étaient à temps pour remplir leur contrat ; nulle négligence n'est prouvée.

Le défendeur n'était pas justifiable à refuser le bois ; il est établi que le bois qui était à Portneuf a été amené avec toute diligence, et que le reste, qui se trouvait à St. Bazile

ni a pu être amené plus tôt à cause des basses eaux. Je tiens que le jugement de la cour inférieure est incorrect.

The judgment of the Court of Appeals is as follows :

La Cour, etc., etc.—1o. Considérant qu'il résulte de la preuve que par le mot "Été" employé dans le contrat sous-seing privé du 22 avril, 1854, sur lequel est fondée la présente action, les parties ont entendu et doivent être censées avoir entendu la saison de la navigation de la dite année 1854, c'est-à-dire, depuis l'ouverture jusqu'à la clôture de la dite navigation ; que, par conséquent, d'après les circonstances, la nature du dit contrat et l'usage en pareille matière tel que prouvé en cette cause, concernant l'exécution de semblables contrats de la part du vendeur, les appelants avaient tout le temps ci-dessus indiqué pour délivrer à l'intimé le bois qu'ils lui avaient vendu et qu'ils s'étaient obligés de lui livrer "durant l'été" de 1854 ;

2o. Considérant que les dits appelants ont pleinement rempli leurs obligations envers l'intimé dans le temps voulu par le susdit contrat, et que par conséquent, il y a mal-jugé dans le jugement, dont est appel ;

Infirmes le susdit jugement, savoir : le jugement rendu par la cour supérieure siégeant à Québec, le 19 avril, 1856, qui a débouté les appelants de leur dite action ; et cette cour procédant à rendre le jugement que la cour supérieure aurait dû rendre, condamne l'intimé à payer aux appelants, pour les causes énoncées dans leur déclaration, la somme de £615. 12. 6 cours actuel, avec l'intérêt légal sur icelle à compter du trois février, 1855, jour de l'assignation, et aux dépens, tant en la dite cour supérieure que sur le présent appel ; et ordonne la remise du dossier à la dite cour supérieure siégeant à Québec. (1)

STUART and VANNOVOUS, for appellants.

HOLT and IRVINE, for respondent.

(1) This judgment, we understand, is to be submitted for revision to Her Majesty's Privy Council.

No. 663. { EMERICK,..... Plaintiff,
vs.
PATERSON *et al*,..... Defendants.

Jugé :—Qu'une personne qui est sous la garde d'un curateur ne peut pas s'engager seule dans un contrat, tant que la curatelle subsiste.

The Court, etc.,—1. Considering that the two several promissory notes mentioned and set forth in the plaintiff's declaration were made and signed respectively at Quebec, on the twentieth day of September, one thousand eight

hundred and fifty five by James Paterson, a deaf and dumb person, then, and for a long time previously, to wit : since the twenty second day of May one thousand eight hundred and fifty two, having been interdicted, and one William Paterson, named as his curator, without whose advice, assistance and consent he the said interdict could not legally contract, bind or oblige himself : It is therefore considered and adjudged that the perpetual exception in this cause filed is well founded, and therefore that the present suit or action be dismissed, but without costs—each party paying his own costs.

CASAULT and LANGLOIS, for Plaintiff,

AUSTIN, for Defendants.

COUR SUPERIEURE.—QUÉBEC.

Présents :—MEREDITH, MORIN et BADGLEY, Juges.

No. 772. { HILLIER,..... Demandeur.
vs.
BENTLEY,..... Défendeur.
et
PRIMROSE et al..... Opposants.

Jugé :—1. Que la Couronne n'a point de privilège pour un prêt de débetures sur un immeuble incendié en 1845, si l'emprunteur n'en était point propriétaire à l'époque de ce désastre, mais, que dans le cas particulier, la Couronne a une hypothèque spéciale, comme l'ayant stipulée et enregistrée.

2. Qu'un bail ordinaire, non enregistré, ne produit point d'hypothèque générale, nonobstant la clause 17, de la 4e Vic. chap. 30 ; et ce, en vertu des dispositions des clauses 1 et 28 de la même ordonnance, qui prescrivent que l'hypothèque doit être spéciale et doit être enregistrée, et de la clause 29 qui énumère les hypothèques générales qui continueront de subsister, et doivent être enregistrées. (1)

Held :—1. That the Crown has no privilege for a loan of debentures upon an immoveable property burnt at the fire of 1845, if the borrower was not, at the time of such fire, the proprietor thereof, but, in the particular case, the Crown has a special mortgage, it having been stipulated and duly registered.

2. That an ordinary lease, not registered, does not produce a general mortgage, notwithstanding the 17th sec. of the 4th Vic., cap. 30, and this, in virtue of the sec. 1st and 28 of the same act, which prescribes that the mortgage must be special and must be registered, and of the 29th sec. which enumerates the general mortgages that will continue to subsist, and which must be registered.

Jugement rendu le 5 mai, 1857.

Dans cette cause, la couronne était colloquée pour un prêt de débetures accordées pour venir au secours des incendiés de 1845. A l'époque du désastre, Bentley, défendeur en la présente cause, n'était pas en possession de la propriété incendiée. Cette collocation était contestée par Primrose, un créancier en vertu d'un simple bail à loyer. Trois questions se présentaient. Dans l'espèce, la couronne avait-elle un privilège ? avait-elle un droit d'hypothèque ? Primrose lui-même avait-il un droit d'hypothèque ?

Primrose réclamait un droit d'hypothèque en vertu d'un bail ordinaire de moins de neuf ans. Il basait ses prétentions sur la section suivante de l'ordonnance, 4. Vict. chap. 30, sec. 17 ; " Pourvu aussi, et qu'il soit de plus ordonné

(1) Voir une décision contraire rendue le 17 mai, 1853, par Bowen, juge-en-chef, et Duvall, juge ; Meredith, juge, dissente. *Brown vs. McInemly*, Dec. B. O. vol. 3, page 291.

et statué, que les dispositions de cette ordonnance, et aucune chose y contenue, ne s'étendront point à des baux pour une période moindre de neuf années." Cette prétention était contestée, nonobstant un jugement qui l'avait maintenue, rendu dans la cause de *Brown, vs. McInenly*.

MORIN, Juge :—La Cour, telle que composée maintenant, est unanimement d'opinion d'infirmer le principe établi par un jugement antérieur rendu dans la cause de *Brown vs. McInenly*, qui a maintenu, " que l'hypothèque générale existe en vertu d'un bail à loyer, et qu'elle n'a pas besoin d'être enregistrée, suivant les termes de la 4^e Vict. chap. 30, sec. 17." Il n'est pas besoin de dire que nous n'en sommes venus à cette détermination qu'après un mur et sérieux examen.

L'ordonnance des bureaux d'enregistrement prescrit, section 28, qu'à l'avenir toute hypothèque devra être spéciale ; elle n'exempte aucune hypothèque des conséquences de cette disposition. Elle prescrit également, section 1^{ère}, que toute hypothèque devra être enregistrée, pour assurer au créancier son droit de préférence. Ce sont là des dispositions générales qui s'appliquent à toutes espèces d'actes, sans aucune exception, et qui constituent l'objet principal qu'avait en vue le législateur. Maintenant, pour donner un sens à la section 17, qui porte qu'il ne sera pas nécessaire d'enregistrer un bail de moins de neuf années, il faut dire que, comme certaines dispositions de cette ordonnance requièrent l'enregistrement de certains actes translatifs du droit de propriété ou d'usufruit dans les immeubles, c'est dans ce sens et à ce point de vue que le bail à loyer est exempté de la formalité de l'enregistrement. Ce proviso ne statue pas que le bail à loyer continuera de produire l'hypothèque générale, qui est formellement proscrite par l'ordonnance, et ce, sans enregistrement.

MEREDITH, Juge :—Je concours dans ce jugement pour les raisons que j'ai déjà émises dans la cause de *Brown vs.*

McInenly, reproduites dans le vol. 3, des décisions des tribunaux du Bas-Canada, p. 294.

BADGLEY, juge :—Je concours également dans ce jugement.

Le jugement est comme suit :

The Court having heard Mr. Borlase for Dunbar Ross, esquire, solicitor-general, acting for and on behalf of our sovereign Lady the Queen, and having also heard the said Joseph Primrose, by his attorney, on the issue raised in this cause on the contestation by the said Joseph Primrose of the opposition *afin de conserver* of the said solicitor-general, acting as aforesaid, filed in this cause, and having examined the pleadings and proof and the admissions of record, and in particular the report of distribution and collocation marked No. 2, and filed on the twenty-ninth day of November, one thousand eight hundred and fifty-six, which is sought by the said Joseph Primrose, to be reformed in consequence of his said contestation ; and having deliberated thereon ; considering that the said Henry Bentley, the defendant, not having been at the time of the disastrous fires which occurred in the year one thousand eight hundred and forty-five, in the City of Quebec, proprietor of any part of the immoveable property upon which he obtained a loan from Her Majesty's provincial government under the provisions of the act made and passed in that behalf, no right of privilege and preference to all other creditors has accrued to our Sovereign Lady the Queen, by virtue of the deed of obligation of the said defendant, and more fully described in the said opposition of the solicitor-general ; that however our said Sovereign Lady having a right to be paid of the sums claimed by the said opposition, by hypothecary preference according to date upon the immoveable property sold in this cause on any part or proportion thereof, by virtue of the hypothec constituted by the said deed of obligation thereof, and of the *enregistrement* thereof, the said Joseph Primrose is devoid of interest to contest the said opposition, inasmuch as he has not, nor had at any time,

any mortgage on the said immoveable property, he the said Primrose claiming as in an action *ex locato* under the general provisions of a deed of lease of part of the property now sold, and made to him on the sixteenth day of February, one thousand eight hundred and fifty-six, before Pelchat and colleague, notaries, at Quebec, by which deed no special *hypothèque* was created, and which does not appear to have been enregistered ; that the said Primrose could not acquire by virtue of the said deed any general *hypothèque*, it being provided by the twenty-eighth section of the ordinance of the fourth year of Her Majesty's reign, chapter thirty, that from the date of the said ordinance no general *hypothèque* shall result from any deed, contract or obligation to be thenceforward made and entered into, and also by the twenty-ninth section, that no legal or tacit *hypothèque* shall for any cause whatsoever be constituted or subsist except for causes in the said section mentioned ; that the seventeenth section of the said ordinance, which enacts that its provisions, and anything therein contained, shall not extend to leases for a less period than nine years, when taken in conjunction with the above enactments, cannot be viewed as preserving such general *hypothèque* in the present case, which would be contradictory not only to the said provisions, but to the whole tenor and object of the registry laws ; that the said seventeenth section has otherwise its full meaning and effect, as applied to the essential object of leases, as conferring rights of a real nature, *droits réels*, on the property, but does not apply to any *hypothèque* formerly resulting from leases or any other deeds, when passed before notaries ; considering therefore that the rights of the said Primrose are thus reduced to a mere personal claim (*créance chirographaire*), while by the said deeds of obligation which were duly registered Her Majesty has acquired as aforesaid an *hypothèque* on the said property ;—doth dismiss the said contestation with costs.

‘ROSS, Sol.-Gen., and BORLASE, for the Crown.

O'FARRELL, for Primrose.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before BOWEN, Chief-Justice, MEREDITH and BADGLEY,
Justices.

Nb. 2212. { BUSSIÈRE, ... *Plaintiff.*
 { vs.
 { BLAIS, ... *Defendant.*

Held:—That the owner of a mill site is entitled to a judgment affirming his right to the enjoyment of the use of the water of a stream in its natural course, which has been diverted by a neighbour for the purpose of turning a mill upon his own land, although, at the time of the action, the party complaining had no mill, and did not require the use of the water.

Jugé :—Que le propriétaire d'une place de moulin a droit à un jugement qui reconnaisse son droit à l'usage d'un cours d'eau dans son canal naturel, lequel cours d'eau a été détourné par un voisin, pour faire mouvoir un moulin sur sa propre terre, quoique, lors de l'institution de l'action, tel propriétaire n'avait point de moulin et ne requerrait point l'usage de l'eau.

Judgment rendered the 4th of May, 1857.

MEREDITH, Justice :—This is an action for the diverting of a natural water-course.

The plaintiff is the owner of an emplacement on a stream called, *Le Bras* ; upon this emplacement, there is a water power which was used about 18 or 20 years ago for the working of a saw mill. The defendant owns an adjacent emplacement, upon which, about nine years ago, a flour mill was erected. In order to procure a sufficient supply of water, the *auteurs* of the defendant have made an artificial channel which conducts a very large portion of the water from a point, about an arpent *above* the site of the plaintiff's old mill, to a point, about an arpent *below* the same mill. The making of this channel has the effect of depriving the plaintiff altogether of the use of the water which passes through it. And it is proved that in the event of a mill being erected on the plaintiff's mill site, that it would be greatly diminished in value by the artificial channel made by the Defendant. In fact that for a considerable period of the year, the artificial channel would render it impossible to work a mill upon the natural channel.

The defence rests on three grounds :

1stly. That the plaintiff has not proved that he is the owner of the mill site described in his declaration.

2dly. That the defendant in diverting the water-course, acted with the permission of the owners of the seignior, in which the properties in question are situated ; and therefore that the plaintiff has no legal cause of complaint.

3dly. That the plaintiff has no mill upon his own emplacement, and therefore sustains no damage.

As to the first point, the ownership of the plaintiff's mill site, the plaintiff has produced his titles, which seem quite indisputable, and which go back to 1825, a period more remote by 20 years, than the date at which the defendant became connected with the properties in question. It is to be observed moreover that the defendant does not even pretend to have any right to the emplacement claimed by the plaintiff.

It is true that, although all the witnesses, as well those for the defendant as those for the plaintiff, prove that the lot claimed by the plaintiff and described in his title deeds, was generally known as having belonged to the plaintiff's predecessors and to himself, yet he has not shown any positive acts of ownership on his own part, or on the part of those through whom he claims since the old saw mill went to decay. One of the Defendant's witnesses however proves that nine or ten years ago, Bedard, the *auteur* of the defendant, obtained permission from one of the plaintiff's *auteurs* to occupy the plaintiff's emplacement on condition of paying ten shillings *per annum*. We find also that the defendant virtually admits by his plea the plaintiff's right of ownership.

The passage to which I allude is as follows :

“ Allègue le défendeur de plus, que dans l'exercice de son droit il n'a causé aucun dommage au demandeur

“ dont le moulin à scie est détruit depuis un grand nombre
“ d'années.”

Here we have a very unequivocal recognition of the plaintiff's right of property ; and according to a recent judgment of the Court of Appeals, the plaintiff has a right to the benefit of that admission, notwithstanding the *défense en fait* filed by the defendant. Upon the whole we are clearly of opinion that the plaintiff's right of ownership is sufficiently established.

As to the second ground, the permission from the seigniors, by the agreement upon which the defendant relies, the seigniors merely waived their right of *banalité* in so far as regards the mill now owned by the defendant ; and it is therefore manifest that there is nothing in that agreement which can be urged as a bar to the plaintiff's action.

The third point raised by the defendant is that, as the plaintiff has no mill himself, he does not suffer from the diversion of the water-course for the benefit of the defendant's mill.

It is true that the acts of which the plaintiff complains are not for the present injurious to him ; but it is proved that there is a water power on the plaintiff's land, and that in the event of the plaintiff erecting a mill there, the diversion of the water-course, now complained of, would be most injurious to the plaintiff's property. The plaintiff has therefore such an interest as justifies him in now coming before this Court ; for obviously it is more reasonable that he should have his right to the use of the water-course determined before erecting a mill, than that he should first build a mill, and then go to law for the purpose of obtaining the use of the water necessary to turn that mill. Besides the rights of the plaintiff might be lost or impaired by long continued adverse enjoyment.

We therefore held that the plaintiff has now a right of action, but we are also of opinion that the plaintiff should not be allowed to close the defendant's mill, until he requires the use of the waters of the stream for the purpose of turning a mill of his own.

As bearing upon the pretension, that, because the plaintiff does now suffer actual injury, he is therefore without any remedy, I would refer to Angell on water-courses, No. 432, where the law on this subject is well explained.

We have therefore prepared a judgment which declares explicitly the right of the plaintiff to the enjoyment of the use of the waters of the stream in question in its natural course, and which reserves to the plaintiff the right to cause the whole of the waters of that stream to be restored to the natural channel, in the event of the plaintiff erecting a mill or any other establishment on his own land, for the use of which those waters may be required.

It remains to be added merely that as the institution of this action was necessary for the maintenance of the plaintiff's rights, we think he is entitled to full costs.

The judgment is as follows :

La Cour considérant que le dit Pierre Bussière a dûment établi les allégués essentiels de sa déclaration en cette cause, et qu'en conséquence il appert que longtemps avant l'année mil huit cent quarante-sept, les auteurs du dit demandeur étaient propriétaires, tel que relaté dans la dite déclaration, de l'emplacement décrit dans la dite déclaration comme suit : " Un emplacement pour un moulin à scie, sis et
" situé en la susdite paroisse Ste. Hémédine, dans la con-
" cession vulgairement appelée *la grande ligne*, faisant
" partie de la terre maintenant occupée par Jean Bedard
" ou ses représentants, contenant environ un arpent de terre
" de front sur un demi arpent de profondeur, plus ou moins,
" sans garantie de mesure, c'est-à-dire, un quart d'arpent de
" terre de chaque côté du moulin, borné au nord, au sud, au
" nord-est et au sud-ouest à un nommé Jean Bedard, ou ses

“représentans, avec ensemble un chemin de quinze pieds de large partant de la route de la grande ligne à aller au dit emplacement ou site du dit moulin à scie ;”. Considérant que le dit demandeur depuis mil huit cent cinquante-cinq est propriétaire du dit emplacement, et que lors de son acquisition d'icelui il a été subrogé aux droits de ses auteurs tel que mentionné dans la dite déclaration. Considérant en outre qu'il appert que dans l'année mil huit cent quarante-sept les auteurs du dit défendeur ont détourné de son cours naturel un certain ruisseau ou cours d'eau nommé “*Le Bras*,” de manière que ses eaux, qui avant cette époque traversaient dans leur entier le dit emplacement, ont été en grande partie enlevées à leurs dits cours, et dirigées sur un moulin à farine situé sur un emplacement dans le voisinage appartenant alors aux dits auteurs du défendeur, mais qui, avant l'institution de la présente action, est devenu et est encore la propriété du dit défendeur, et que ce détournement a toujours été maintenu par les auteurs du défendeur, et par le défendeur lui-même depuis qu'il est devenu propriétaire comme susdit ; considérant que ni les auteurs du dit défendeur, ni lui-même, pouvaient s'approprier la possession des dites eaux ainsi détournées à l'exclusion de l'usage bénéficiaire raisonnable en icelui par le demandeur,—déclare que le dit demandeur a droit à l'usage bénéficiaire des dites eaux détournées comme dit est, et que pour cet effet ce jugement vaudra titre au demandeur, et la Cour ordonne que dans le cas de la construction sur l'emplacement ci-dessus mentionné de moulin ou usine à être mu par les dites eaux du dit ruisseau, alors et en tel cas, le demandeur, ses heirs et ayant cause, auront le droit de faire rendre à leur cours naturel, les dites eaux du dit ruisseau nommé “*Le Bras*,” détournées comme dit est, tel et ainsi que de droit, le tout avec dépens, etc., etc.

TASCHEREAU, J. T., pour le demandeur.

FOURNIER, pour le défendeur.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
 APPEAL SIDE.

Before Sir L. H. LA FONTAINE, Bt., Chief-Justice, AYLWIN,
 DUVAL and CARON, Justices.

SHARING, ... *Appellant*,
 and
 MEUNIER dit LAPIERRE *et al*, ... *Respondents*.

Question :—As to what constitutes sufficient proof of fraudulent transfer by an insolvent debtor.

Question :—Ce qui constitue une preuve suffisante d'un transport frauduleux par un créancier insolvable.

Judgment rendered the 12th March, 1857.

In February, 1856, the appellant issued execution against his debtor, Mme. Gareau, *marchande publique*, and separated, as to property, from her husband; under this execution divers moveables were seized as belonging to her in a shop and premises at St. Andrews, stated in the sheriff's return as her domicile. The respondents filed an opposition claiming the effects seized as their property. In their opposition, the respondents set up a deed of sale to them from Mme. Gareau, before Notaries, of the 14th August, 1855, of all her stock in trade, in the store at St. Andrews, and also in another store at Plantagenet, also a transfer before Notaries, of the 18th August, 1855, by Mme. Gareau of the lease of the store and premises in which the goods were seized. The considerations stated in the deed were : 1o. The agreement of the respondents to pay the creditors of Mme. Gareau certain notes indorsed by the respondents for the amount of a composition of 5s. in the pound, and also to pay the appellant the same composition, if he would intervene to the deed of composition thereafter mentioned and accept it; the notes indorsed amounting to £280 0 6.—2o. To discharge the debts due to the respondents by Mme. Gareau.

By the same *acte*, the respondents constituted Philippe Gareau, the husband, their agent and attorney, to carry on the business at St. Andrews, and continue the lease

and business in his own name without payment of rent, and in view of expenses of agency ; and the opposants undertook to convey and make over to him all that might remain of the stock in trade, debts, &c. on payment of £435 0 3, deducting from that sum all that they might have realized, in the meantime, from the stock in trade, debts, &c. The opposants also produced a deed of composition by Mme. Gareau of the same date (14 Aug. 1855), with all her creditors, except the appellant, by which, and the lists or schedules annexed, it appears that her debts amounted to £1286 6 3 ; stock : £589 14 $\frac{1}{4}$; good debts : £165 11 8 ; bad debts : £116 8 8 ; total : £2871 14 $\frac{1}{4}$.

To this deed, the respondents were parties, and accepted the composition, as did also the other creditors with the exception of the appellant.

The opposition was contested by the appellant on the ground of the insolvency of Mme. Gareau, admitted in the deed of composition, and on the ground of fraud, because by means of the arrangement the respondents were paid in full, whilst the other creditors received only 5s., and because the *surplus* of the stock, &c., was given to Gareau, the husband ; and they prayed that the cession to the respondents be declared null. The opposants replied specially that Mme. Gareau had offered to assign her property to her creditors, who considered it for their advantage to accept of the composition secured by notes ; that the arrangements were known and consented to by the creditors, and were not fraudulent, the two *actes* being really and in effect one, and that the unjustifiable refusal of the appellant to accept the composition could form no legal ground to set aside the deed of composition ; that he had only his action to receive his dividend (£21 10) which had been tendered to him by Notaries on the 16th February, 1856, on condition simply of signing a receipt for the money tendered ; and further that Mme Gareau had a right in law to dispose of her property as she had done.

The points raised by the appellant at the hearing in appeal in addition to those above mentioned, were :

1. That fraud was manifestly shewn by the declaration of the respondents in the second *acte*, to the effect that they never had the intention to discharge their claim, but had signed on the express condition of being paid in full.

2. That there was manifest simulation, and a direct advantage to the respondents in the two *actes* : none of the other creditors being parties to the second *acte*.

3. That the effect of the proceedings was to vest all the property in the husband ; and that there had been no *déplacement* or tradition of the goods, but only the production of the transfer of the lease which was accepted by Philippe Gareau, as attorney, and not by the respondents.

4. That the judgment of the Court below practically revived the Bankrupt Laws, and enabled a majority of creditors to bind the minority.

The points raised by the respondents, were :

1. That Bankruptcy, *faillite*, in the legal acceptance of the term, with the consequences attached to it by the ordinance of 1763, is not recognized in our law ; but only insolvency, *déconfiture ou insolvabilité*.

2. That the rights of a debtor to the full and free administration of his property, are in no wise affected by such insolvency.

3. That deeds of alienation or transfer made by an insolvent debtor cannot be set aside by a creditor, unless on proof that they are in fraud of his rights and are injurious to him.

4. That the creditor who receives what is due from his insolvent debtor commits no fraud.

5. That the only action by one creditor against another creditor who has received payments by preference, is an action for the excess so received to the prejudice of the other creditors.

6. That fraud can in no case be presumed, but must be proved.

AYLWIN, Justice :—Sharing, the appellant, was sued by Marchand, for the amount of a note made by Mme Gareau a *marchande publique*, in favor of Sharing. He calls in Mme Gareau *en garantie*, obtains judgment and proceeds to seize her goods. An opposition is filed by her husband, Philippe Gareau, and another by the respondents, claiming the goods as proprietors. Mme. Gareau called her creditors together in August, 1855, and they agreed to accept five shillings in the pound on their respective debts, secured by the respondents' indorsement of her notes, and it is declared by the composition deed that the appellant, who was not a party to the deed, might receive his dividend on condition of giving a full discharge. Marchand becomes party as a creditor, but expressly reserves all his rights on the note indorsed by the appellant. The opposants pretend that the *remise* and transfer were binding on all the creditors, that the property in the goods and debts was altered, and vested in them, and that the goods could not be seized. If this pretension is founded in law, there is no need of any bankrupt law, nor of laws respecting insolvency.

The debtor and a majority of his creditors can settle bankrupt estates very expeditiously, for the principle invoked, if true, must be equally applicable to cases where a minority of creditors dissent from the acts of the majority, as in this case where there is but one dissentient, or perhaps two, if Marchand be considered as dissenting. A debtor has but to say he cannot pay, and he may thus impose his own terms on his refractory creditors, under pain of forfeiture of their rights, by putting all his property out of his

own reach. In this case the arrangement is a singular one and well contrived. There is first a deed of composition, next an assignment by Mme. Gareau to the respondents in consideration of their paying the notes indorsed by them to secure the composition. Their own debt is to be paid in full, with a *bonus* of £75, and then the whole stock in trade and lease are to be made over to her husband. In the meantime he carries on the business in his own name, and collects the debts, until he obtains the transfer; and the dissentient creditor, who cannot obtain even a dividend without abandonment of the rest of his claim, must remain perfectly quiet, or if he sues and gets a judgment, he must not think of touching his debtor's property, which has been so ingeniously disposed of. On the very face of this matter, there is manifest fraud. Mme. Gareau had no right in law to act as she did. She was at the mercy of her creditors, and Sharing had a right to enforce his debt on all her property by every legal means. He could not, by her act, or by that of the creditors, be restricted in his rights, or in the exercise of these rights. Even in case of the *cession de biens*, the creditor was not bound to renounce all his legal rights, but under this style of managing matters it is different. A tender of the dividend and shares is produced, but the tender is not repeated nor the money paid into Court as it ought to have been. He is left to his action to get a note for the composition, or to recover the composition if he can.

Before the ordinance of 1763, and under the code Marchand, such a transaction as this would have been void. But here there is manifest fraud. The relation of husband and wife prevented the husband from acquiring property from his wife; and the old law expressly prohibited all contracts between husband and wife from which the husband could in any way derive profit. Here the husband is agent for one party or the other, or for both, or he acts for himself. In my opinion, such proceedings should not be sanctioned by any Court of Justice; more especially now when debtors find means of opposing so many objections to the payment

of their debts, and when a Judgment is not in reality a title of debt, but merely one out of a great number of steps, which a creditor must take to bring his debtor's property to sale, every one of these steps being contested, and too often successfully to the manifest encouragement of vice and dishonesty.

DUVAL, Justice :—Sharing says : this deed of composition was made in my absence, and you bind me to take 5s. in the pound. We do no such thing. Mme. Gareau was a *marchande publique*. She calls her creditors together, and says take all I have. The creditors say no—Can't you propose something. She at last says 7s. 6d. in the pound, but offers no security. One of the creditors says : I make it a rule never to accept a composition unless security is given. The respondents say : if you take 5s., we will become sureties, and the creditors, with the exception of the appellant, all consent, and think this the very best arrangement that could be made. Mme. Gareau then in effect sells her *fonds de magasin* to the respondents. Sharing wishes to seize her property, and he has a right to do so, but not the property of the respondents. He has alleged fraud but has proved none, and has not even attempted to prove it. He says to the creditors you shall not make law for me ; they answer neither shall you for us. The price stipulated for is not proved to be less than the value of the stock and effects transferred. It is said the papers shew the fraud sufficiently, the Court below thought otherwise and I agree with that view of the case. I see every sign of perfect good faith, and as to the £75 it is usual that sureties should be indemnified for the risk they run, nor ought this to be allowed to set aside the transaction.

CARON, Justice, agreed with the opinion expressed by Mr. Justice Duval. The majority cannot bind the minority, but neither can the minority prevent the majority from acting as their interests require them to act. I see nothing illegal in the acts of the creditors. The plaintiff has wholly failed to prove fraud ; and his dividend has been tendered

him. Besides, he has mistaken his remedy, he should have brought an action *en révocation* against the *cessionnaire*, setting up and proving fraud, and proving his damage.

Sir L. H. LAFONTAINE, Chief-Justice :—It is said, Sharing is not bound, but all his debtor's goods are put into the hands of others, and thus he is bound. His debtor was insolvent. Her goods were the appellant's *gage*, and he has a right to complain of the arrangement which stript her of every thing. Suppose an hypothecary creditor were desirous of proceeding to the sale of the property mortgaged, and other creditors should say to him, you are proceeding at the wrong time, we think it better to compromise, or to wait three or four years the property rises in value. Such a pretension could not be sustained. Besides, to whom does the remainder of the property go? Every thing goes to her husband. I would have maintained the appeal; by the division of opinion in this Court, the Judgment below will be maintained by operation of law.

Judgment confirmed. The Chief-Justice and Mr. Justice Aylwin dissenting. (1)

CHERRIER, DORION and DORION, for Appellant,

LAFLAMME, LAFLAMME and BARNARD, for Respondents.

(1) SMITH, Justice :—Stated pleadings. Several questions arise. Is there any law which sets aside absolutely, as illegal, an arrangement between a debtor and his creditors, simply because one or two or three creditors refuse to become parties to such arrangement. The Court thinks there is no such law.

2. Is there any fraud shewn by these *actes*? We think no fraud is shewn. To get the transfer set aside, there must be damage suffered; the transaction must give rise to actual defrauding, which we do not think is shewn in this case.

3. Have the *actes* been carried into execution? They were. The property passed to the opposants and vested in them. They had therefore the right to file their opposition and to have it maintained.

JUDGMENT :—Considering that the said Sharing hath failed to establish that the transaction entered into on the 14th August, 1855, between the opposants and Mme. Elisabeth Choutier, (Mme. Garsan) by the consent of her creditors, with the exception of said Sharing, was an act illegal in itself, or prohibited by law, or that the other *actes* of same date, &c., was passed in fraud of his rights as creditor, but on the contrary was passed in good faith and with the full knowledge and consent of all her creditors, with the exception of the said Sharing, who, although not a party to the said *acte*, was not kept in ignorance thereof; and considering that the said *actes* were duly executed, and that the goods seized in this cause formed part of the Stock, &c., made over to the said opposants, and were at the time of seizure in their possession as proprietors thereof; doth dismiss the contestation, &c., &c.

Respondents' authorities :—Rép., Guyot, vbo. Déconfiture :—Idem, vbo. Banqueroute, p. 151 :—2 Chardon, Dol. pp. 359, 393, No. 219, and p. 407, No. 226 :—3 Besaride de la Fraude, p. 220, No. 1441 :—Nouv. Don. vbo. Fraude, p. 60, Nos. 7 and 9.

BANC DE DA REINE, }
 EN APPEL. } DISTRICT DE MONTREAL.

Présents :—Sir L. H. LaFontaine, baronnet, Juge-en-Chef,
 AYLWIN, DUVAL, et CARON, Juges.

DORRION, *et al*, ... Appelants.
 et

RIVET, ... Intimé.

Jugé ;—1o Que le droit de faire pa-
 ger des animaux sur une terre, créé en
 faveur du propriétaire d'un emplacement,
 est une servitude réelle.

2o. Que la transmission de l'emplace-
 ment au moyen de dispositions testamen-
 taires a eu l'effet de transporter comme
 accessoire cette servitude quoiqu'elle ne
 fut pas spécialement indiquée.

3o. Que cette servitude étant de sa na-
 ture réelle et ayant été créée avant la
 passation des lois d'enregistrement, peut
 subsister nonobstant que l'acte qui l'a
 constituée, n'a pas été enregistré.

4o. Que cette servitude peut être divi-
 sée, et que l'héritage dominant se trou-
 vent partagé, et moitié d'iceul étant
 échue au propriétaire de la servitude, la
 prestation peut être exigée pour moitié
 de celui qui est propriétaire de l'autre
 moitié de l'héritage servant ; et que,
 dans l'espèce, la prestation devra se faire
 par ce dernier un an sur deux.

Held :—1o. That the right of pastur-
 ing cattle upon a land, created in favor of
 the proprietor of an emplacement, is a
 real service, *servitude réelle*.

2o. That the bequest of the emplace-
 ment has had the effect of transferring the
 service, as an accessory, although such
 service was not specifically mentioned in
 the will.

3o. That such service being real and
 having been created previously to the
 laws of registration, may subsist although
 the deed creating the same was not re-
 gistered.

4o. That this service may be divided,
 and that the emplacement, *héritage do-
 minant*, having been divided, and one
 half of the same having become the pro-
 perty of the owner of the service, the
 other half may be exacted from the pro-
 prietor of the land, *héritage servant* ;
 and that, in the case submitted, the ser-
 vice shall be rendered by the proprietor
 of the land year about.

Jugement rendu le 1er juillet 1857.

Les faits de la cause apparaissent suffisamment par les
 observations du président de la Cour, et les considérants
 du jugement.

Sir L. H. LaFontaine, Bart. Juge-en-Chef :—Il s'agit
 d'une question de servitude.

Le 19 septembre, 1825, donation entre vifs par François
 Rivet et sa femme, Thérèse Langlois, à Bazile Rivet leur fils,
 d'une terre dans la paroisse de St. Sulpice, de trois arpents sur
 trente, dont ils détachèrent néanmoins deux emplacements,
 chacun de 90 pieds de front sur deux arpents de profondeur,
 l'un pour Alexis Rivet et l'autre pour Narcisse Rivet.
 Celui destiné à Alexis devait joindre la ligne de la terre du
 nommé Louis Rivet, et celui destiné à Narcisse devait

joindre le premier. Le donataire devait fournir ces emplacements à ses deux frères à leur âge de majorité, et “ *souffrir ces derniers,*” ainsi que le porte une clause de l’acte de donation, “ *leurs successeurs et ayant cause aux dits emplacements du droit de pacager sur la dite terre un cheval, un cochon, deux moutons, et deux vaches par chacun des propriétaires de chaque emplacement.*”

Le 23 mars, 1840, Narcisse Rivet a vendu son emplacement à Benjamin Beaupré, “ compris dans la dite vente et “ cession le droit de pacage, et autres droits annexés au lot “ de terre ci-dessus, (c’est à dire cet emplacement) dont est “ chargée la terre d’où il procède suivant l’acte de donation “ ci-dessus relaté en partie, le dit droit de pacage avec les “ charges auxquelles il était sujet.” Ces charges consistaient dans l’obligation que l’acte de donation avait imposée à Narcisse Rivet, ses successeurs et ayant cause, “ de fournir chaque année deux journées de travail au dit Bazile “ Rivet, ou à ses successeurs et ayant cause en la susdite “ terre, pour faire les clotures chaque printemps sur icelle “ terre.”

Lors de la vente par Narcisse Rivet à Beaupré, Bazile Rivet, le donataire, était décédé, et sa veuve, Charlotte Robillard, remariée à Beaupré. Du premier mariage de Charlotte Robillard avec Bazile Rivet, était né un enfant, Délima Rivet, mariée depuis à Charles Dorion, l’appelant en cette cause. Dans l’acte de vente par Narcisse Rivet à Beaupré, il est déclaré que l’emplacement vendu touchait en profondeur et au sud-ouest à *monsieur et madame Beaupré*. En effet la terre qui avait été originairement donnée à Bazile Rivet, appartenait alors pour moitié à l’appelante, Délima Rivet, et pour moitié à sa mère, madame Beaupré, cette terre ayant fait partie des biens de la communauté qui avait existé entre celle-ci et le dit Bazile Rivet. Mais il faut remarquer que la moitié de cette terre, qui avait été dévolue à la veuve Bazile Rivet, n’était pas devenue la propriété de son second mari M. Beaupré ; et qu’ainsi, quant au droit

et à l'obligation de pacager sur cette moitié de la terre, il n'y avait pas eu, comme on l'a prétendu, de confusion en la personne de M. Beaupré, lorsque celui-ci fit l'acquisition de l'emplacement de Narcisse Rivet. Devenu propriétaire de cet emplacement, Beaupré avait le droit d'exercer, sur la moitié de la terre appartenant à sa femme, la servitude active qui avait été créée par l'acte de donation de 1825 ; car cette servitude avait été évidemment établie en faveur de l'emplacement. C'était une servitude réelle, c'est-à-dire, due à la chose même.

Par son testament, en date du 16 novembre, 1842, M. Beaupré donne à l'appelante l'emplacement en question, s'exprimant ainsi : " Je donne et lègue à Délima Rivet, enfant né du premier mariage de mon épouse avec feu Bazile Rivet, l'emplacement que j'ai acquis de Narcisse Rivet, situé à St. Sulpice, enclavé dans la terre de feu son père et de sa mère."

L'intimé a prétendu que le testateur n'ayant pas fait mention spéciale de la servitude comme devant composer une partie du legs, on doit en inférer que sa volonté a été d'éteindre cette servitude. Je pense que, dans les circonstances, la présomption contraire est plus raisonnable. En effet, d'après la manière dont le testateur s'est exprimé, il me paraît évident qu'il a voulu donner à Délima Rivet *tout* ce qu'il avait acquis de Narcisse Rivet par l'acte du 23 mars, 1840, puisqu'il prend soin de référer nommément à cette acquisition. Or, par cet acte, il avait acquis la servitude comme l'emplacement. Il me semble que pour opérer en pareil cas une extinction de la servitude, c'est-à-dire, pour l'exclure du legs, il eût fallu de la part du testateur une déclaration expresse de sa volonté à cet égard.

La servitude dont il s'agit est une *destination de père de famille*. Elle repose sur un titre *par écrit*, tel que l'exige l'article 216 de la coutume de Paris. Ce titre est l'acte de donation du 19 septembre, 1825. Servitude ré-

elle, constituée en faveur de la chose elle-même, étant dit que le droit de pacage appartiendra non-seulement à Alexis et Narcisse Rivet, mais encore à "leurs successeurs et ayants cause aux dits emplacements," cette servitude est devenue un *accessoire* de la chose *par sa destination*. Par une conséquence du principe qu'en général l'*accessoire* suit le sort du principal, "celui qui succède," lisons nous dans le Nouveau-Denisart, au mot *Accessoire*, § 2, "à titre d'héritier, à la propriété de l'objet *principal*, succède en vertu du même titre à la propriété des *accessoires* que possédait son auteur ; et si c'est par vente ou contrat équipollent, par donation entrevifs, ou par *testament*, qu'on acquiert l'objet *principal*, on en acquiert de *plein droit* les *accessoires*, bien qu'ils ne soient pas mentionnés dans la vente, la donation, ou le testament.

"Ainsi les droits de *servitude*.....sont acquis de *plein droit* à l'héritier, au donataire, au *légataire*, ou à l'acquéreur de l'héritage dont ces choses dépendent." Or, le droit de pacage dont il s'agit, étant une servitude qui, par sa destination, dépend de l'emplacement légué par le testament de M. Beaupré à la dite Délima Rivet, cette servitude étant due à la chose elle-même, il s'ensuit que ce droit lui a été acquis de *plein droit*, bien qu'il n'ait pas été mentionné dans le legs.

M. Beaupré étant décédé, la dite Charlotte Robillard a épousé en troisièmes nocces le nommé Cyriac Chaput ; et ces deux derniers ont, par acte du 11 septembre, 1854, vendu à l'intimé la moitié ouest de la terre en question, c'est-à-dire la susdite moitié appartenant à la dite Charlotte Robillard. Le titre d'acquisition de l'intimé a été enregistré le 28 octobre, 1854 ; mais l'acte de donation du 19 septembre, 1825, dit-il, ne l'ayant pas été, non plus qu'aucun acte constitutif ou reconnaissant de la servitude, ni aucun des actes produits par le demandeur au soutien de leur demande, "il en résulte, conclut l'intimé, "que ce prétendu droit de servitude ne peut être exercé ni invoqué sur les

“immeubles (comprenant la moitié de terre en question)
 “acquis par lui *bona fide* à une époque postérieure aux dits
 “actes, en vertu d'un titre duement enregistré comme
 “susdit.”

Des trois titres invoqués par les appelants, un seul est postérieur à l'ordonnance des bureaux d'enregistrement ; c'est le testament de M. Beaupré ; et il a été duement enregistré le 7 avril, 1843, plus de dix ans avant l'acquisition faite par l'intimé. Ainsi l'allégué d'absence de cette formalité, en autant que le testament pouvait y être compris, n'était pas un allégué exact. Quant aux deux autres titres, l'acte de donation du 19 septembre, 1825, et l'acte de vente du 23 mars, 1840, comme il sont antérieurs à l'ordonnance, et qu'ils ont trait, en autant qu'il s'agit de la servitude en question, à un droit réel, et par conséquent à une propriété d'une nature immobilière, ils ne sont tombés sous aucune des dispositions de cette ordonnance.

La quatrième section qui donne à la loi un effet rétroactif en l'appliquant à d'anciens titres qu'elle a soin de spécifier, ne comprend pas les actes d'aliénation, ou translatifs de propriétés immobilières. Que le droit de servitude dont il s'agit, soit un droit de cette nature, c'est ce dont les termes déjà cités, dans lesquels il a été établi; ne permettent pas, ce me semble, de douter.

“ Si,” dit Toullier, tom. 3, no. 382, p. 242, 5e édition,
 “ le droit est établi en faveur d'une chose ou d'un héritage,
 “ ou, pour parler plus exactement, en faveur du possesseur
 “ actuel de cet héritage, et de ceux qui lui succéderont dans
 “ cette possession, la servitude est appelée réelle, c'est-à-
 “ dire, servitude due à la chose même, parceque le lien
 “ est alors réel des deux côtés. La chose est obligée en-
 “ vers la chose ; le droit est réel aussi bien que la servi-
 “ tude. Elle est tellement due par la chose à la chose, que,
 “ si les deux héritages sont aliénés, l'héritage servant con-
 “ tinue d'être assujetti à la servitude envers le nouveau

“ propriétaire de l'héritage dominant, qui n'a plus d'action
 “ contre l'ancien propriétaire du fonds servant, quoique
 “ cet ancien propriétaire ait constitué la servitude, car il n'a
 “ pas eu l'intention d'obliger sa personne, mais seulement
 “ son héritage.”

Les raisons qui précèdent, doivent avoir l'effet d'écarter les moyens sur lesquels reposent les deux premières exceptions de l'intimé. Quant à la troisième exception, elle est encore moins plausible que les autres. Les demandeurs n'étaient pas obligés, pour réussir dans leur action, d'alléguer et de prouver qu'ils avaient rempli ou offert de remplir l'obligation “ de fournir chaque année deux journées de travail pour faire les clotures chaque printemps sur icelle terre.” Si l'intimé est fondé à leur demander l'exécution de cette charge, il a son droit d'action contre eux, en cas de refus.

Ayant ainsi disposé des exceptions de l'intimé, j'arrive maintenant à la principale difficulté, à la question de savoir si les conclusions des demandeurs, telles qu'ils ont cru devoir les formuler, peuvent être maintenues.

Le droit de pacage dont il s'agit, a été établi par l'acte de donation de 1825, sur la terre entière de Bazile Rivet, en faveur de l'emplacement de son frère Narcisse. La terre est ainsi devenue le fonds servant, et l'emplacement le fonds dominant. A la mort de Bazile Rivet, sa terre a été divisée en deux, une moitié appartenant à son héritière, l'appelante, et l'autre moitié à sa veuve Charlotte Robillard. Quand, en vertu du legs précité, Délima Rivet est devenue propriétaire du fonds dominant, il y a eu confusion de droits en sa personne, en autant que la servitude pouvait affecter la moitié de la terre, dont elle avait alors la propriété. Car personne ne peut avoir de servitude sur son propre fonds ; l'extinction de celle qui existe est opérée par la réunion des deux héritages dans la même main. D'un autre côté, la servitude a continué d'exister en faveur du

susdit fonds dominant, en autant qu'elle pouvait affecter la moitié du fonds servant, qui a appartenu à la dite Charlotte Robillard, et qui appartient aujourd'hui à l'intimé. Ici se présente à notre examen, mais dans son application à l'espèce seulement, la question si épineuse de la divisibilité ou indivisibilité des servitudes.

La servitude active dont il s'agit consistait dans le droit de pacager un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches ; mais ce droit s'étendait sur la terre entière. Les appelants reconnaissant qu'il y avait eu, en la personne de Délima Rivet, la confusion de droits dont j'ai déjà parlé, en ce qui regarde une moitié du fonds servant, ont senti que la charge résultant de cette servitude ne pouvait pas en même temps continuer de porter en entier sur l'autre moitié, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient pas demander à pacager tous les ans sur cette dernière moitié un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches. C'eut été aggraver du double la servitude pour l'intimé. Ils ont donc regardé cette servitude comme divisible, du moins quant à son utilité, et quant au fait qui en constituait l'objet, l'intimé ne devant pas être assujéti à plus que la moitié du pacage de ces bestiaux. C'est donc en procédant sur ce principe de divisibilité, qu'ils ont formulé leur demande. Mais comment faire l'application du principe, de manière à aggraver le moins possible la situation des parties, sous le rapport de l'utilité quant à l'une, et sous le rapport de la charge quant à l'autre ? On aurait peut-être pu demander que l'intimé fût tenu de pacager chaque année un mouton et une vache, puisqu'il y avait deux moutons et deux vaches de compris dans la servitude ; mais comme il n'y avait qu'un cheval et un cochon à pacager, comment obvier à la difficulté, puisque l'intimé ne devait pas être tenu au pacage entier de ces deux animaux chaque année ? Voici le moyen que les appelants ont avisé, comme leur paraissant être le plus équitable. Ils ont conclu à ce que le défendeur fût assigné à comparaître, " pour voir dire et déclarer que les deman-

“ deurs, comme détenteurs et propriétaires du fonds domi-
 “ nant, avaient le droit de pacager sur la terre sus-désignée
 “ en premier lieu, (c'est-à-dire, la terre qui avait appartenu
 “ à Bazile Rivet), tous les ans, un cheval, un cochon, deux
 “ moutons et deux vaches, et que le défendeur, comme dé-
 “ tenteur et propriétaire de la moitié ouest de cette terre,
 “ était tenu et obligé souffrir les demandeurs pacager sur
 “ cette moitié de terre les animaux sus-mentionnés, *de deux*
 “ *années l'une*, pendant la saison des pacages, sans les trou-
 “ bler ni molester, et à ce que le défendeur fût condamné
 “ à payer aux demandeurs la somme de £60 courant de
 “ dommage, avec intérêt et les dépens.”

Comme on le voit, les appelants veulent donner effet au principe de divisibilité qu'ils invoquent, en le faisant porter sur le mode d'exécuter la part de la servitude passive, dont l'intimé se trouve chargé. Par ce moyen, la condition de celui-ci n'est pas aggravée, disent les appelants ; car, en ne fournissant le paturage que de deux années l'une, sur sa moitié de la terre, il n'y contribue pas pour une plus grande part qu'il ne le ferait, si, n'y ayant pas eu de division de la terre originairement assujétie, on faisait paître, chaque année, sur la terre entière, le nombre de bestiaux en question. On ajoute que c'est même rendre sa condition moins onéreuse, que de ne le soumettre que tous les deux ans à l'exercice de la servitude. Je crois que la justice et l'équité exigent que l'on adopte ce raisonnement, s'il est vrai que la servitude en question soit divisible, comme le prétendent les appelants. Sur ce point, néanmoins, la Cour de première instance a donné gain de cause à l'intimé, en déboutant les demandeurs de leur action, “ considering,” est-il dit dans le jugement du 29 novembre 1856, “ that the
 “ plaintiffs have failed to prove the material allegations of
 “ their declaration, and to establish that by reason thereof,
 “ and by law, they are entitled to have and exercise upon
 “ the half of the land whereupon the right of pasturage, in
 “ the said declaration set forth, was established, and whereof

" the defendant is proprietor, the said right of pasturage
 " for and during the year 1855, and for and during every
 " second and alternate year, in manner and form as in and
 " by their said declaration they have concluded ; and further
 " considering that the said right of pasturage cannot, by
 " reason of any thing in the said declaration alleged and
 " proved, and by law, be so divided and distributed, as
 " they the plaintiffs have prayed." (1).

La Cour de première instance a-t-elle bien jugé ? Je ne le crois pas.

Il me semble que la servitude qui résulte, tant activement que passivement, du droit de pacager un certain nombre de bestiaux, n'est pas une servitude qui soit indivisible de sa nature, du moins quant à son utilité qui est le principal point à considérer, puisque c'est là ce qui en fait l'objet. Cette servitude me paraît être susceptible d'exécution partielle, par portions aliquotes. Pardessus, 8e édition, No. 22 et 23, est de cet avis ; il va même jusqu'à dire que l'indivisibilité ne lui semble pas être un caractère essentiel des servitudes, bien qu'ordinairement, à la vérité, elles consistent dans des faits qui ne sont susceptibles d'aucune division ; ajoutant que " s'il était de l'essence des servitudes qu'elles fussent indivisibles, jamais elles ne pourraient être restreintes par la prescription, puisque ce qui n'a point de parties ne peut être diminué partiellement." No. 23, " Il est de fait," dit cet auteur, " qu'un grand nombre de servitudes peuvent être partagées, non seulement par suite et à l'occasion du partage des fonds au profit desquels elles existent, *mais encore en elles-mêmes et comme objets naturellement susceptibles de division.* Une servitude est donc, comme tout autre droit, divisible ou indivisible, suivant que le fait qui la constitue est susceptible ou non de division." Puis il range parmi les servitudes ainsi divisibles, celle qui consiste à faire pacager un certain nombre de bestiaux : " le

(1) Présents : MM. les Juges Day, Smith et O. Mondalet.

nombre déterminé de bestiaux étant divisible,” dit-il, “ la servitude l’est également.”

Rodière, dans un traité spécial sur la matière, No. 413, remarque que l’indivisibilité des servitudes peut se prendre en plusieurs sens. “ Il est d’abord des servitudes,” dit-il, “ dont on ne comprend pas la division par parties aliquotes, telles que les servitudes de passage, de prospect, de stillicide. Celles-là sont indivisibles par leur nature, et le sont par conséquent d’une manière absolue. D’autres servitudes, au contraire, peuvent se comprendre *divisées*, quant à leur utilité, par portions aliquotes : telle est une servitude de prise d’eau, *un droit de pacage pour un certain nombre de têtes, etc., etc.* Ces servitudes ne sont donc pas indivisibles par leur nature, et Dumoulin en effet, l’oracle de la matière, les range parmi les droits divisibles.”

“ Mais les servitudes sont indivisibles aussi en un autre sens, en ce qu’elles grèvent, comme l’hypothèque, chaque partie du fonds servant, et qu’elles sont censées inhérentes à chaque partie du fonds dominant. En ce sens là, toutes les servitudes sont également indivisibles, aussi bien celles dont l’utilité peut se partager, que celles dont le partage est impossible.”

Les autorités que je viens de citer sont un exposé fidèle de la doctrine sur la matière. Il me semble que l’on ne doit pas hésiter à en faire l’application à l’espèce, sans qu’il soit à craindre de commettre aucune injustice envers l’intimé. Les demandeurs ont clairement établi la constitution de la servitude sur toute la terre de Bazile Rivet, en faveur de l’emplacement de son frère Narcisse ; ils ont donc, par cela même, établi l’existence de cette servitude sur chaque parcelle de la moitié de la terre, qui appartient aujourd’hui à l’intimé. Celui-ci ne peut donc s’empêcher de reconnaître la servitude, puisqu’il ne prouve pas que sa moitié de terre en ait été libérée. Il serait contre toute raison de prétendre que la confusion des droits que j’ai démontrée plus haut

s'être opérée en la personne de Délima Rivet, a eu l'effet de libérer totalement le défendeur de la servitude. Celui-ci se trouverait donc acquitté d'une obligation par un fait auquel il a été étranger, et sans avoir rien donné pour soutenir un tel résultat. Si, comme semble le supposer le jugement attaqué, l'indivisibilité dont est frappée la servitude en question, est une indivisibilité *absolue*, alors loin de tendre le moins du monde à la libération du défendeur, elle aurait un effet tout contraire, celui d'assujétir sa moitié de terre à la totalité de la servitude, telle qu'originaiement établie sur chaque parcelle de cette terre ; et même, en cas de partage du fonds dominant entre plusieurs co-propriétaires, elle aurait encore l'effet de l'assujétir à la totalité de la servitude envers chacun de ses propriétaires ; puisque, dans ce système, la servitude serait due par chaque parcelle du fonds servant à chaque parcelle du fonds dominant, et que, selon l'opinion de Pardessus, n'étant point susceptible de parties, elle ne pourrait, dans ce cas, être diminuée partiellement. Je ne pense pas qu'un tel résultat soit du goût de l'intimé. Il devra, après réflexion, préférer l'application du principe qui admet la *divisibilité* de la servitude, du moins quant à son utilité et au fait qui en est l'objet. Le profit de cette servitude, pour le fonds dominant, constituait en quelque sorte, si je puis m'exprimer ainsi, une *créance* en faveur du propriétaire de ce fonds. Cette *créance* consistait en la prestation d'une chose qui, de sa nature, est susceptible de division. Avant l'acquisition du fonds dominant par Délima Rivet, celle-ci comme propriétaire de la moitié de la terre assujétie, et l'auteur du défendeur, comme propriétaire de l'autre moitié, étaient conjointement tenus à la prestation de la chose, c'est-à-dire, au paiement de la *créance*, envers Benjamin Beaupré, alors le *créancier*, entre eux ; chacun était donc censé lui en devoir la moitié. En devenant propriétaire du fonds dominant par le legs que Beaupré lui en a fait, Délima Rivet a acquis cette *créance* ; et comme elle en devait la moitié, il s'est opéré de plein droit confusion en sa personne pour au

tant ; mais l'autre moitié due par l'intimé, n'en n'a pas moins continué de subsister ; il est donc tenu de l'acquitter.

La difficulté apparente dans la manière de satisfaire à la prestation de la chose due, vient de ce qu'il y a eu partage du fonds servant, et que par suite de ce partage, la prestation à laquelle l'intimé est tenu, ne peut pas, d'après sa nature, être fournie, *en entier tous les ans*, sur sa moitié de la terre. Mais ce partage qui était dans la nature des choses, a dû être prévu, et s'il nécessite, comme cela est inévitable, un changement dans le mode de prestation, les parties concernées sont censées avoir d'avance consenti à subir ce changement. Quand en pareil cas elles ne s'accordent pas entre elles, c'est aux juges à fixer *ex bono et æquo* la manière dont la prestation sera faite. Le mode suggéré par les appelants me paraît, dans les circonstances, juste et équitable. Je suis donc d'avis qu'il doit être adopté. Si l'intimé en avait un meilleur à proposer, c'est à lui à se rapprocher de ne l'avoir point fait.

La Cour, etc.—1. Considérant que la servitude dont il s'agit en cette cause, a été établie par un acte du 19 sept. 1825, par lequel acte François Rivet et sa femme ont fait donation entre vifs à Bazile Rivet, leur fils, d'une terre de trois arpents de largeur sur 30 arpents de profondeur, moins deux emplacements, chacun de 90 pieds de front, qui en furent alors détachés, et donnés par le même acte, l'un à Alexis Rivet, et l'autre à Narcisse Rivet, deux autres fils des donateurs ; que la servitude consistait dans le droit du propriétaire de l'emplacement, ainsi donné à Narcisse Rivet, de faire pacager tous les ans sur toute la terre du dit Bazile Rivet, un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches, la dite servitude étant ainsi établie par le susdit acte, non-seulement en faveur du dit Narcisse Rivet, mais encore en faveur de ses " successeurs et ayants cause au dit emplacement."

2. Considérant qu'à la mort du dit Bazile Rivet, la terre en question a été dévolue pour moitié à sa veuve, Charlotte Robillard, et pour l'autre moitié à sa fille et son héritière, Délima Rivet, l'appelante en cette cause ; la moitié de la veuve étant la moitié ouest, et celle de sa fille la moitié est, de sorte qu'après le décès du dit Bazile Rivet, il y a eu partage de la terre en deux portions égales.

3. Considérant qu'ensuite la dite Charlotte Robillard a convolé en secondes noces avec Benjamin Beaupré qui, néanmoins, n'a, par ce mariage, acquis aucun droit de propriété à la moitié de la dite terre ainsi appartenant à sa femme.

4. Considérant que, depuis, savoir par acte du 23 mars 1840, le dit Benjamin Beaupré a acquis du dit Narcisse Rivet son susdit emplacement avec le droit de servitude en question ; lequel droit il pouvait alors exercer tant sur la moitié de la dite terre, appartenant à la dite Délima Rivet, que sur la moitié appartenant à sa femme, vû que par cette acquisition du dit Benjamin Beaupré, il n'a pu s'opérer de confusion de droits en sa personne.

5. Considérant que, par un legs particulier contenu au testament du dit Benjamin Beaupré, en date du 16 novembre 1842, au profit de la dite Délima Rivet, celle-ci est devenue propriétaire de l'emplacement en question, ainsi que de la dite servitude en dépendant ; que, lorsqu'elle a recueilli ce legs, elle était propriétaire, comme elle l'est encore, de la susdite moitié est de la terre en question, laquelle était affectée à la dite servitude ; que lorsque la dite Délima Rivet, possédant une moitié du fonds servant, est ainsi devenue propriétaire du fonds dominant, il y a eu confusion de droits en sa personne, en autant que la servitude pouvait affecter sa dite moitié du fonds servant ; tandis que, d'un autre côté, la servitude a continué d'exister en faveur du fonds dominant, en autant qu'elle pouvait affecter l'autre moitié du fonds servant, qui appartient aujourd'hui à l'intimé, en vertu de l'acquisition qu'il en a faite, par acte du

11 septembre 1854, de la dite Charlotte Robillard, et de son troisième mari, Cyriac Chaput.

6. Considérant qu'à raison de la confusion de droits opérée en la personne de la dite Délima Rivet, l'appelante, la charge résultant de la servitude ne doit pas porter en entier sur la moitié du fonds servant, appartenant à l'intimé, cette moitié ne devant pas être assujettie à plus que la moitié du pacage des bestiaux dont le nombre est ci-dessus mentionné.

7. Considérant que la prestation de la chose qui a fait l'objet de la servitude, consiste dans un fait qui, de sa nature est susceptible de division ; que, néanmoins, par suite du partage du fonds servant, la prestation à laquelle l'intimé est tenu, ne peut pas, d'après sa nature, être fournie *en entier, tous les ans*, sur sa moitié du dit fonds ; que, d'un autre côté, ce partage, qui était dans la nature des choses, a dû être prévu dès le commencement, et que, par conséquent, les parties concernées sont censées avoir d'avance consenti à subir tout changement qu'un tel partage pourrait rendre nécessaire dans le mode de prestation ; que, lorsqu'en pareil cas, les parties ne s'accordent pas entr'elles, c'est aux juges à fixer, *ex bono et æquo*, la manière dont la prestation sera faite ; que le mode suggéré par les appelants dans leurs conclusions, est celui qu'il paraît le plus équitable d'adopter dans les circonstances, comme aggravant le moins possible la situation des parties, sous le rapport de l'utilité de la servitude quant à l'une d'elles, et sous le rapport de la charge quant à l'autre.

8. Considérant que les moyens d'exception de l'intimé, basés sur le défaut d'enregistrement des actes invoqués par les appelants, sont mal fondés, d'abord, en fait, quant au testament du dit Benjamin Beaupré, puisque ce testament a été dûment enregistré dès le 7 avril, 1843, plus de dix ans avant l'acquisition faite par l'intimé, et ensuite, en droit, quant à l'acte de donation du 19 septembre, 1825, et l'acte de vente du 23 mars, 1840, puisqu'il n'était pas nécessaire

de les faire enregistrer pour la conservation du droit de servitude en question, ces deux actes étant antérieurs à l'ordonnance d'enregistrement, et n'appartenant pas à la classe des anciens actes atteints par la partie rétroactive de cette loi.

9. Considérant encore que les appelants, pour réussir dans leur demande, n'étaient pas obligés, ainsi que l'intimé l'a prétendu, d'alléguer et de prouver qu'ils avaient rempli ou offert de remplir l'obligation "de fournir chaque année deux journées de travail pour faire les clotures chaque printemps sur la dite terre," obligation imposée par le sus-dit acte de donation, au propriétaire du fonds dominant, en faveur du propriétaire du fonds servant.

10. Considérant qu'en conséquence de tout ce que dessus il y a mal jugé dans le jugement de la Cour de première instance, puisqu'il déboute les appelants de leur demande :

Infirmes le sus-dit jugement dont est appel, savoir : le jugement rendu le 29 novembre, 1856, par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, et ce avec dépens sur le présent appel contre l'intimé ; et cette Cour procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déboute l'intimé de ses exceptions et défenses à l'action des appelants, déclare et adjuge, conformément aux conclusions des appelants, que ces derniers, comme détenteurs et propriétaires du sus-dit emplacement, c'est-à-dire, du fonds dominant, et comme étant aux droits de leurs auteurs, avaient droit de pacager sur la dite terre du dit Bazile Rivet, tous les ans, un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches ; que l'intimé, comme détenteur et propriétaire de la dite moitié ouest de la sus-dite terre, est tenu et obligé, et continuera d'être tenu et obligé, pour les raisons ci-dessus énoncées, de souffrir les appelants pacager sur cette dite moitié ouest de la terre les animaux sus-mentionnés, de deux années l'une, pendant la saison des pacages, sans les troubler ni molester, et condamne l'intimé à payer aux appelants la somme de deux livres dix chelins courant par

forme de dommages-intérêts, et pour leur tenir lieu du prix et valeur du dit pacage pour l'année mil huit cent cinquante, cinq, et aux dépens de la dite action en Cour de première instance ; enfin ordonne que le dossier soit remis à la dite Cour siégeant à Montréal.

CHERRIER, DORION et DORION, pour les Appelants,
LAFREYNE et PAPIN, pour l'Intimé.

SUPERIOR COURT.—MONTREAL.

Before SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

No. 792.	{	WHITNEY <i>et al</i>	<i>Plaintiffs.</i>
		<i>vs.</i>	
		CRAIG	<i>Defendant.</i>
		and	
		CRAIG	<i>Opposant.</i>

Held:—That a surety who, under a certain clause in a deed of composition, has paid monies by anticipation to one of the creditors on account of instalments not due, cannot claim to be collocated on the proceeds of the defendant's goods, in preference to other creditors, parties to the deed of composition.

Jugé:—Qu'une caution qui, en vertu d'une clause contenue dans un acte d'atermoiement a payé des argents par anticipation à l'un des créanciers, en à compte d'instalments non échus, ne peut demander d'être colloquée sur le produit des biens du défendeur, en préférence aux autres créanciers, parties au dit acte d'atermoiement.

Judgment rendered the 27th February, 1857.

The opposant, Craig, filed an opposition *afin de conserver* on the proceeds of the sale of the defendant's goods, and was collocated by privilege for the sum of £50, paid by him to Messrs. Galarneau and Roy, under the terms of a deed of composition between the defendant and his creditors, of the 21st June, 1855. By this deed, the defendant undertook to pay his creditors fifteen shillings in the pound, by seven instalments, the last three of which, amounting in all to 5s. 2d. in the pound, were to be paid as follows: 1s. 5d. in 18 months from the date of the deed, and the *sixth* and *seventh* instalments of 1s. 10½d., each in 20 and 24 months

from said date. The opposant became a party to the deed of composition, and bound himself as surety for the payment of the last three instalments by his son, the defendant, and gave a mortgage to the creditors for such payment. The deed of composition contained the following clause :

“ Il est convenu entre les parties de première et seconde part, et le dit Laurent David Craig, que, dans le cas où ce dernier serait appelé à payer toute ou aucune partie de la somme par lui présentement garantie, il aura, jusqu'à concurrence d'autant, un droit privilégié sur les effets et marchandises que pourra alors posséder la dite partie de première part, mais ce, en autant seulement que les dites parties aux présentes, pourront y être concernées.”

This clause was invoked by the opposant, and by the report of distribution he was collocated for the sum of £50, paid on the 16th June, 1855, to Messrs. Galarneau and Roy, creditors and parties to the deed of composition on account of their debt amounting to the sum of £963 12 3.

The plaintiffs, also parties to the deed of composition, as creditors of the defendant, contested the report of distribution in so far as respects the claim of the opposant Craig, on the ground that the opposant could not enforce his privilege on the defendant's goods, until after payment by the defendant of the first four instalments, and because of the defendant's insolvency and the seizure of his goods before the payment to Galarneau and Roy ; and because such anticipated payment by the opposant would entirely frustrate the object of the security consented to in favor of the creditors.

SMITH, Justice.—In this case the opposant was collocated by privilege for £50, paid to one of the defendant's creditors on account of three instalments due in 18, 21 and 24 months, under a deed of composition between the defendant and his creditors, the opposant having become security for the payment of these three instalments. The collocation is

under a clause in the composition deed and is contested by the plaintiffs on the ground that the payment by the opposant was an anticipated payment, made before the dates when the instalments became due, and before payment of the other four instalments for which the creditors had no security. We think the contestation well founded. The creditors had a manifest interest in getting security for the three last instalments, having only the personal undertaking of the defendant, and the security on his goods for the other instalments. If the pretensions of the opposant were maintained, he would take the proceeds of their very goods, and the security intended to be given would be merely illusory. We cannot put such a construction on the clause as to sustain this. The opposant says any other construction would diminish his rights, but if we sustained the opposant's pretensions, the creditors would be deprived of their rights, and the contract practically nullified as to the security intended to be given.

JUDGMENT :—Considering that the said L. D. Craig hath failed to establish any priority or preference of privilege for the payment of the debt claimed by him, etc., etc., doth maintain the said contestation, etc., with costs.

CHERRIER, DORION and DORION, for Opposant.

LAFLAMME R. & G., for Plaintiffs.

SUPERIOR COURT.—MONTREAL.

Before SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

No. 363. { LEVERSON, *et al.*..... Plaintiffs,
and
CUNNINGHAM,..... Defendant,
vs.
BOSTON,..... *Mis en cause.*

Held :—That a rule on the sheriff to produce goods seized and that in default of producing them, the said sheriff be imprisoned and held *contraignable par corps* until he produce the said goods and chattels, or until he pay to the plaintiff the balance of £448 18 2 with interest due on their judgment must be discharged, as illegal.

That the rule should be that in default of producing the goods, he be declared *contraignable* until he pays their value.

Jugé :—Qu'une règle signifiée au sheriff lui ordonnant de produire des effets saisis, et comportant qu'à défaut par lui de ce faire, il soit emprisonné et contraint par corps jusqu'à la production des dits biens et effets, ou jusqu'à ce qu'il ait payé aux demandeurs la balance de £448 18 2 avec intérêt, laquelle leur reste due sur leur jugement, doit être déchargée, comme étant illégale.

Que la règle devrait être, qu'à défaut de produire les effets, il soit déclaré *contraignable par corps* jusqu'à ce qu'il en ait payé la valeur.

Judgment rendered the 27th February, 1857.

The action was commenced by issuing a writ of attachment before Judgment, under which a box of jewellery was seized and put in possession of a *gardien*. A second action was brought in which an attachment was also issued, but the writ was quashed. The plaintiffs obtained Judgment in the first action and proceeded to bring the property to sale, but it not being forthcoming, a rule was taken on the sheriff to shew cause why he should not be declared *contraignable par corps*, and in default of producing the goods that he be imprisoned until the debt of the plaintiffs should be paid.

Per Curiam : The return of the sheriff shews that the jewellery seized in the cause was by error released, as if the writ in the action, instead of in the second, had been quashed ; and the question comes up : Is this such a rule as the Court can grant ? Can the sheriff or a *gardien* be held to produce the goods or pay the debt ? This cannot be. An arrêt some four hundred years old has been cited, but we think it ought

not to be followed in this Court. The true doctrine is that the sheriff or *gardien* shall produce the goods or pay their value, and the later Jurisprudence in France was to this effect. (1)

We cannot change the form of the rule as taken in this cause and declare the sheriff *contraignable* until he pays the value, and the plaintiffs cannot have the rule declared absolute in its present shape.

MONDELET, Justice :—There is nothing logical in asking the sheriff to produce the goods, or go to jail till he pays the debt. The goods seized may or may not be sufficient to pay the debt. The plaintiffs insist on the difficulty, if not the impossibility, of proving the value of the goods, and the proof may very possibly be matter of difficulty. But we cannot on this account declare a rule absolute which is against law and justice.

Rule discharged with costs.

DAVID and RAMSAY, for Plaintiff,

BETHUNE and DUNKIN, for Sheriff.

(1) Nouv. Den. vbo. *Gardien*, p. 189 :—Rép. vbo. *Gardien*, p. 227 :—Jurisp. p. 296.

BANC DE LA REINE, } DISTRICT DES TROIS-RIVIÈRES.
EN APPEL.

Présents :—Sir L. H. LaFontaine, Baronnet, Juge-en-Chef,
AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

LAMBERT, ... *Appelant*,
et

GAUVREAU, *et ux*, ... *Intimés*.

Jugé :—Qu'un testament reçu par un notaire en présence de deux témoins, ne peut valoir comme testament solennel, si l'un des témoins n'avait pas l'âge de vingt ans accomplis, mais peut valoir suivant les dispositions des lois d'Angleterre, suivies à cet égard dans le Bas-Canada, le notaire et les deux témoins étant considérés dans ce cas comme suffisants pour attester l'exécution de ce testament.

Le jugement du tribunal de première instance est confirmé.

Held :—That a will executed by a notary in the presence of two witnesses, one of which witnesses is under the age of twenty, is not valid as a notarial instrument, but is valid according to English Law followed in that respect in Lower-Canada, the notary and witnesses in such case being considered as sufficient for the purpose of attesting the execution of the Will.

The judgment of the Lower Court is affirmed.

Jugement rendu le 1er juillet, 1857.

L'action du demandeur, appelant, avait pour objet de réclamer la moitié des biens composant la communauté qui avait existé entre Léger Lambert et Dame Marguerite Beaudon dite Larivière. L'action était dirigée par François Lambert, comme héritier de Léger Lambert, son fils, décédé, *ab intestat* et sans enfant, contre sa veuve, Dame Marguerite Beaudon dite Larivière et Louis H. Gauvreau, son second mari.

A cette action, les défendeurs opposèrent un testament de Léger Lambert, devant Bazin, notaire, en date du 6 avril, 1837, en faveur de sa veuve, et la preuve de ce testament en date du 8 février, 1853. Le demandeur par une réponse spéciale attaqua la légalité de ce testament et de la preuve qui en avait été faite.

Toutes les questions à décider en cette cause se trouvent dans cette réponse aux exceptions des défendeurs, dans lesquelles ces derniers invoquaient, 1o. ce testament comme,

ayant été dûment reçu devant notaire ; 2o. comme valant au moins comme testament suivant les formes anglaises.

Par sa réponse le demandeur prétendait que le testament invoqué était nul dans l'un et l'autre cas. Suit un analyse de cette réponse : “ Parceque le prétendu testament solennel invoqué par les dits défendeurs, comme étant le testament solennel du dit Léger Lambert, dressé et reçu en la paroisse de la Rivière du Loup, par Mtre. P. Basin, en présence de deux témoins, le 6 avril, 1837, est irrégulier, informe et absolument nul, en ce que le dit Léger Lambert ne l'a jamais écrit ni signé de sa propre main, et qu'un des temoins dénommé comme tel au dit prétendu testament, savoir le nommé Philippe Dionne, dont le nom paraît au dit testament, n'était pas témoin compétent et était tout-à-fait inhabile et incapable d'être témoin au dit testament ; parceque le dit Philippe Dionne, lors de la passation prétendue du dit testament, par devant le dit P. Basin, savoir le 6 avril, 1837, n'était âgé que de treize ans..... Parce que le testament ne peut valoir comme testament suivant les formes anglaises, parce qu'il n'a été fait, écrit ni signé par le dit Léger Lambert, en présence de trois témoins, et qu'aucune des personnes dont les noms paraissent au bas du dit testament n'y déclare que le dit Léger Lambert lui ait dit que le dit écrit était son testament, ni ne déclare avoir vu, et n'a de fait vu écrire ni signer le dit écrit par le dit Léger Lambert, ni n'a été requise par lui de le signer comme témoin ; parce qu'aucune des dites personnes ne déclare avoir signé le dit écrit en présence du dit Léger Lambert, ni en présence des autres prétendus témoins, et n'a de fait signé le dit écrit en présence du dit Léger Lambert, ni à son vu et su, ni en présence des autres témoins.”

Le demandeur concluait à ce que ce testament fût déclaré nul.

La Cour inférieure par son jugement du 10 juin, 1854, avait déclaré nul le testament en question, comme testament

fait suivant les lois françaises, mais l'avait déclaré valide comme testament fait suivant les lois anglaises.

Le jugement de la Cour supérieure est comme suit : “ La
 “ Cour ayant entendu les parties par leurs avocats, examiné
 “ la procédure, pièces produites, et la preuve, et en avoir
 “ délibéré, faisant droit d'abord sur les objections élevées
 “ par le demandeur aux questions proposées par les défen-
 “ deurs à l'enquête et réservées pour la décision de cette
 “ Cour, rejette les dites objections, attendu que les dites
 “ questions et les réponses données à icelles sont néces-
 “ saires et pertinentes, et faisant aussi droit sur les excep-
 “ tions plaidées par les défendeurs, la Cour déboute l'ex-
 “ ception plaidée en premier lieu par les défendeurs, consi-
 “ dérant que le testament en date du six avril, mil huit
 “ cent trente-sept, devant Mtre. Bazin, notaire et témoins,
 “ invoqué par les défendeurs ne peut valoir comme testa-
 “ ment solennel, parce qu'un des témoins au dit testament
 “ nommé Philippe Dionne, n'avait pas l'âge de vingt ans
 “ accomplis, lorsqu'il assista à la confection du dit testa-
 “ ment et le signa comme témoin instrumentaire, le dit
 “ Philippe Dionne n'étant alors âgé que de treize ans. Et
 “ quant à l'exception plaidée en deuxième lieu, la Cour
 “ considérant que le testament invoqué par les défendeurs
 “ dans cette dernière exception, est légal et suffisant sui-
 “ vant les dispositions des lois d'Angleterre, suivies à cet
 “ égard dans le Bas-Canada, et que la preuve de ce testa-
 “ ment a été régulièrement faite ; qu'en conséquence la
 “ dite Marguerite Beaudon dite Larivière, comme légataire
 “ universelle en propriété, aux termes du dit dernier testa-
 “ ment, des biens délaissés par le dit feu Léger Lambert,
 “ a droit à la propriété et à la possession des dits biens, la
 “ Cour maintient la dite exception plaidée en deuxième
 “ lieu, et adjugeant que le demandeur est mal fondé à ré-
 “ clamer la part du dit feu Léger Lambert, dans la commu-
 “ nauté d'entre lui et la dite Marguerite Beaudon dite La-
 “ rivière, faisant partie de la succession du dit feu Léger

“ Lambert, a débouté et déboute le dit demandeur de son
 “ action avec dépens.” (1)

Il résulte de ce jugement que le testament en question est nul d'après les dispositions du droit français ; mais il est déclaré valide comme testament fait suivant les formes anglaises. C'est ce dernier dispositif que l'appelant attaquait comme erroné. Il tenait qu'aucune des formalités requises par les lois anglaises, pour la validité des testaments, n'avaient été observées. Ce testament commence comme suit :
 “ Par devant le notaire public de la Province du Bas-Ca-
 “ nada, résidant en la paroisse de St. Antoine de la Rivière
 “ du Loup, soussigné, et témoins ci-après nommés.

Fut présent M. Léger Lambert.....lequel a fait,
 dicté et nommé son testament au dit “ notaire, en présence
 des dits témoins de la manière suivante.....”

Et il se termine ainsi : “ Ce fut ainsi fait, dicté et nommé
 “ par le dit sieur testateur an dit notaire, qui l'a rédigé par
 “ écrit en la dite paroisse de la Rivière du Loup, en la de-
 “ meure du dit testateur, et à lui lu et relu, ce qu'il a dit
 “ bien entendre et comprendre y a persisté. L'an mil huit
 “ cent trente-sept, le sixième jour du mois d'avril après
 “ midi, en présence de Désiré Lemaitre Augé, écuyer, et
 “ Philippe Dionne, commis, résidant en cette dite paroisse,
 “ témoins pour ce appelés qui ont signé avec le dit sieur
 “ testateur, nous Notaire, après lecture faite. Signé, Lé-
 “ ger Lambert, D. Lemaitre Augé, Philippe Dionne, P.
 “ Basin, N. P.

Suivant le demandeur, appelant, rien ne constatait que le testateur eut reconnu que le document en question était son testament, qu'il l'eut signé en présence des témoins, qu'il eut requis les témoins de le signer, ni que tous les témoins

(1) Ce jugement a été rendu par Bowen, juge-en chef, Mondelet, D. et Mondelet, C., juges.

fussent présents ensemble, et eussent signé en présence les uns des autres. (1)

Les parties ayant été entendus et après un délibéré, la Cour procéda à rendre jugement.

SIR L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef. Il s'agit, dans cette instance, de la succession de Léger Lambert, fils de l'appelant, et premier mari de Maguerite Beaudon dite Larivière, intimée.

L'appelant, prétendant que son fils est décédé *ab intestat* et sans enfant, revendique tous les biens de sa succession, comme étant son seul et unique héritier.

(1) Autorités citées par l'appelant : 29 Car. II, chap. 53, sec. 5 :—2 Starkie on Evid. :—Vbo.-Will. p. 1260 :—1 Jarman, on Wills, pp. 69 to 74 :—Greenleaf on Evid. p. 676 :—Lovelass on Wills.

Autorities cited by respondent.

1. By the Statute of Frauds, 29, chap. 2, c. 3, sec. 5, all devises of lands, &c., shall be in writing signed by the testator, in the presence of the devisor, by three or four credible witnesses.

Starkie, p. 1260.

As to form of attestation before 1838, Jarman on Wills, 69, 70, 71, 72, 73, 74. As to wills since 1838, Jarman on Wills, 99, 14 Geo III, chap. 83. Sec. 10, admits of the forms prescribed by the laws of England.

2. The witnesses must attest and subscribe the will, but it is not necessary that they should do so in the presence of each other, neither is it necessary that the testator should be seen by the witnesses to sign the will, his acknowledgment in their presence being sufficient.

Starkie, p. 1262.

2. Greenleaf, No. 676.

3. If all the witnesses be dead and the attestation stated that the will had been signed by the testator in the presence of the witnesses without stating that they had subscribed the will in his presence, the Court may presume that fact.

Starkie, p. 1263.

Modern Probate of Wills, 195, 196, 7, 8, 9, 200.

2. Starkie, 2109, Croft vs. Powlet.

The credit of the witness is subject to the consideration of the Court and Jury, 25 Geo. 2, chap. 6, sec 6, extended to the colonies. Starkie, 1265.

As to admission of minors and children as witnesses, 1. Greenleaf, No. 367 p. 434.

If witness testify as to his belief, for the Court to judge.

1. Greenleaf, p. 514, No. 440.

See also Modern Probate of Wills, p. 451, it says :

If the will contains an attestation clause, and purports to be duly signed by the testator and two witnesses, the Court will *primâ facie* presume, in the absence or death of the witnesses or in the event of their not remembering the facts attendant on the execution, that the statute has been complied with and that *omnia rectè esse acta*

2. Taylor on Evid. p 845. Burgoyne vs. Showler. 1. Robertson, Ec. R. 5. Hitch, vs. Wells, 10, Bear. 64, in re. Leach. 6. Ec. and Mar. Cas. 92. Leech-Bates. 1. Robertson, Ec. R. 714. Brechly vs. Still, 2 Id. 162, 175, 177. Thomson vs. Hall, 2 Id. 426.

Léger Lambert a fait un testament en date du 6 avril, 1837, reçu devant Maître Basin, notaire, en présence de deux démoins, par lequel testament il institue sa femme sa légataire universelle. Ce testament qui, comme on le voit, a été fait dans la forme d'un testament solennel ou authentique, est invoqué par les intimés pour repousser la demande de l'appelant.

Le testament est écrit de la main du notaire Bazin, à la requête du testateur, qui lui a "dicté et nommé" en présence des susdits deux témoins, "pour ce appelés qui ont signé avec le dit sieur testateur et nous notaire, après lecture faite et refaite." En effet il est établi que le testament porte les vraies signatures du testateur, des deux témoins et du notaire Bazin. Il a donc toute l'apparence d'un testament régulièrement fait dans la forme solennelle et authentique.

"Pour réputer un testament solennel," dit l'article 289 de la coutume de Paris, "est nécessaire qu'il soit écrit et "signé du testateur ; ou qu'il soit passé pardevant deux "notaires.....ou un notaire et deux témoins, etc....." Mais il faut que "ces témoins, (et c'est une des conditions requises par le même article) "soient âgés de vingt ans accomplis." L'un des témoins, Philippe Dionne, n'avait pas encore atteint cet âge, lorsqu'il assista, comme témoin, à la confection du testament de Léger Lambert. Aussi l'appelant attaque-t-il ce testament de nullité à raison de cette incapacité légale du témoin. Cette incapacité étant clairement prouvée, la Cour de première instance a bien jugé en déclarant que le testament ne pouvait valoir comme testament solennel. (1)

D'un autre côté, les intimés répondent que, si le testament ne peut valoir comme testament solennel, il doit néanmoins valoir comme testament fait suivant *les formes*

(1) Jugement rendu aux Trois-Rivières, le 10 juin, 1854. Présents, M. le juge-en-chef Bowen, et MM. les juges D. Mondelet et C. Mondelet.

anglaises, puisqu'il réunit toutes les conditions requises pour la validité d'un pareil testament, et qu'on ne peut, dans ce cas, invoquer un défaut d'âge dans la personne du témoin Dionne. Ce moyen a été accueilli par la Cour de première instance qui a débouté l'appelant de son action, "considérant que le testament invoqué par les défendeurs "est légal et suffisant suivant les dispositions des lois d'Angleterre suivies à cet égard dans le Bas-Canada."

Deux questions principales se présentent : la première est celle de la conversion d'un testament en un autre testament ; la seconde est celle de savoir si, cette conversion étant admise, le testament de Léger Lambert réunit les qualités nécessaires à la validité d'un testament suivant la forme du droit anglais.

Sous l'empire de la Coutume de Paris, nous ne pouvions, avant l'année 1774, reconnaître en ce pays que deux formes de testament ; le testament solennel ou authentique, fait avec l'assistance d'un officier public, tel que le prescrit l'article 289 de cette coutume, ou le testament olographe, dont il est question au commencement du même article, et qui doit être entièrement écrit et signé par le testateur. Une personne ne pouvait tester sous la forme mystique ou sous la forme numupative, ainsi qu'il était permis de le faire dans les *pays de droit écrit* en France. Nous en avons la preuve dans l'arrêt du parlement de Paris du 15 mars 1639, qui déclara nul le testament de Champlain, qui avait été fait dans la ville de Québec, dont il était le fondateur et ce "en la présence de huit témoins et d'un nommé de la "Ville se disant greffier de ce lieu, testament conçu en la "première personne et écrit par un qui ne s'était nommé "mé....." (1)

(1) Bardet, t. 2, liv. 8, chap. 13.

Depuis l'année 1774, nous avons une troisième espèce de testament, celle qui était alors autorisée par les lois d'Angleterre. (1)

Il est à remarquer que le statut de 1774, non seulement introduit une nouvelle forme de tester, mais que joint à celui de 1801, il donne aux Canadiens la faculté illimitée de disposer de tous leurs biens en faveur de qui bon leur semble, par testament, soit solennel ou authentique, soit olographe, soit fait suivant les *formes anglaises*. Il n'y a plus de restrictions, ni de réserves coutumières auxquelles il soit défendu de toucher. Le droit de tester est donc devenu dans nos lois un droit favorable, tellement favorable que ce serait contrevenir à l'esprit et à la lettre de ces lois que de chercher à en restreindre l'exercice par simple voie interprétative et par l'application de règles défendues, il est vrai, par quelques auteurs, mais généralement répudiées en France, même dans l'ancien droit.

La règle du droit anglais, relative à la forme de testament introduite dans ce pays par l'acte impérial de 1774,

(1) Le statut impérial, communément appelé : "l'Acte de Québec, 14 Geo. 3, sect. 10, porte "qu'il sera et pourra être loisible à chaque personne, "propriétaire de tous immeubles, meubles ou intérêts, dans la dite province, qui "aura le droit d'aliéner les dits immeubles, meubles ou intérêts pendant sa vie, par "ventes, donations, ou autrement, de les tester et léguer à sa mort par testament et "acte de dernière volonté, nonobstant toutes lois, usages et coutumes à ce contraires, qui ont prévalu, ou qui prévalent présentement en la dite province ; soit "que tel testament soit dressé suivant les loix du Canada, ou suivant les formes "prescrites par les loix d'Angleterre."

Et notre statut provincial de 1801, chap. 4, explicatif de la disposition précitée du "statut impérial, porte "qu'il est ou sera loisible à toutes personnes ou personnes "saines d'entendement et d'âge, usant de leurs droits, de léguer et disposer par "testament ou acte de dernière volonté, soit entre conjoints par mariage en faveur "de l'un ou de l'autre des dits conjoints, soit en faveur de l'un ou de plusieurs de "leurs enfants à leur choix, ou en faveur de qui que ce soit, de tous et chacun "de leurs biens, meubles ou immeubles, quelque soit la tenue des dits immeubles, et "soit qu'ils soient propres, acquêts ou conquêts, sans aucune réserve, restriction et "limitation, nonobstant toutes lois, coutumes et usages à ce contraires. Pourvu "néanmoins que le testateur ou la testatrice, étant conjoint ou conjointe par mariage, "ne pourra tester que de sa part des biens de sa communauté ou des biens qui lui "appartiendront autrement, ni préjudicier par son testament aux droits du ou de la "survivante, ou au donaire coutumier ou préfixe des enfants. Pourvu aussi que le "droit de tester, tel que dessus spécifié et déclaré, ne pourra être considéré s'é- "tendre à donner pouvoir de léguer et donner par testament ou ordonnance de "dernière volonté, en faveur d'aucune corporation ou autres gens de main morte, "excepté dans les cas où telle corporation ou gens de main morte auront la liberté, "d'accepter et recevoir suivant la loi."

et applicable à la présente cause, est celle qui se trouve dans cette disposition du *statute of frauds*. (1)

Cette forme de testament n'était pas inconnue dans l'ancienne législation française qui régissait les *pays de droit écrit*, et qui permettait de tester sous la forme mystique ou sous la forme nuncupative. Ces formes avaient leur origine dans le droit romain. L'écriture était de l'essence du testament mystique, mais elle ne l'était pas dans le testament nuncupatif. Cependant, depuis l'ordonnance de *Moulins*, il en a été autrement. "Pour le testament nuncupatif," dit Henrys. 6 Edit, t. 3, p. 32, No. 3, "nous n'avons retenu que la simple dénomination : car au lieu qu'il se faisait verbalement et par une expression vocale, nous le faisons par écrit, et il le faut faire par nécessité, à cause de l'ordonnance de Moulins notamment dans le ressort du parlement de Paris.....(2) Tellement que le testament que nous appelons nuncupatif, n'est point le vrai testament nuncupatif des Romains ; mais une nouvelle forme de testament, qui n'étant solennel ni nuncupatif, est mixte et composé, en tant qu'il tient quelque chose de la forme des deux."

"Le testament nuncupatif," dit Pothier, (3) se fait de vive voix en présence de sept témoins, le notaire compris, (à moins que les statuts particuliers ne se contentent d'un moindre nombre) auxquels le testateur déclare de vive voix ses volontés, lesquelles à mesure qu'il les déclare, sont rédigées par écrit par le notaire, qui doit en suite en faire lecture au testateur, et faire mention de cette lecture ; après quoi le testament doit être signé par le notaire et les autres témoins, et par le testateur, le tout sans divertir

(1) Car. 2, 8. 5. "That all devises and bequests of any lands or tenements.... shall be in writing, and signed by the party so devising the same, or by some other person in his presence and by his express directions, and shall be attested and subscribed in the presence of the said devisor by three or four credible witnesses, or else they shall be utterly void and of none effect."

(2) Cette ord. rejetait la preuve testimoniale au-dessus de 100 livres.

(3) Don. test. p. 308.

“ à autres actes ; si le testateur déclare qu’il ne sait ou ne peut signer, il en doit être fait mention.”

“ Le testament mystique ou secret se fait en cette forme :
 “ le testateur, après avoir écrit ou fait écrire par un autre
 “ ses dernières volontés, qu’il doit signer de sa main,
 “ présente à sept témoins, le notaire compris (à moins que
 “ les statuts particuliers des lieux ne se contentent d’un
 “ moindre nombre) le papier où elles sont contenues, clos et
 “ scellé, ou le fait clore et sceller devant eux, leur déclare
 “ que ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou
 “ écrit par un autre et signé de lui, après quoi le notaire
 “ dresse l’acte de suscription qui doit être écrit sur le dit
 “ papier ou sur la feuille qui lui sert d’enveloppe, et cet
 “ acte de suscription doit être signé par le notaire, les
 “ autres témoins et le testateur, le tout sans divertir à
 “ d’autres actes ; et si, par un empêchement survenu depuis
 “ la signature du testament, le testateur ne pouvait signer,
 “ il en sera fait mention.”

Pothier n’a fait là que reproduire les dispositions des articles 5 et 9 de l’ordonnance des testaments de 1735- Cette ordonnance, il est vrai, n’a pas été enregistrée en Canada ; mais cela n’altère en rien l’application que j’entends faire des formes mystique ou nuncupative de tester, à la question de la conversion d’un testament en un autre testament. L’ordonnance n’a fait que régulariser et rendre plus précises des formalités qui existaient déjà.

Selon le code Napoléon, un testament peut être olographe, ou fait par acte public ou dans la forme mystique, art. 969. Pour être olographe, il faut qu’il soit “ écrit en entier, daté et signé de la main du testateur,” art. 970. Pour être fait par acte public, il faut qu’il soit “ reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins,” art. 971. Quant aux formalités exigées pour la validité du testament mystique, l’article 976 du code reproduit presque littéralement la section 9e de l’ordonnance

de 1735, à la différence, quant au nombre de témoins, qu'il n'exige que " six témoins au moins," outre le notaire.

Il s'agit maintenant de constater si la conversion d'un testament en un autre testament, est admise par la jurisprudence française tant dans l'ancien que dans le nouveau droit, c'est-à-dire, si un testament qui a été rédigé sous une des formes légales, pour valoir sous cette forme, étant néanmoins nul comme tel, soit à raison d'incapacité dans la personne qui l'a reçu, ou dans celle de l'un des témoins, ou à raison de quelqu'autre défaut, peut néanmoins être déclaré valable s'il réunit toutes les conditions requises pour la validité d'un testament sous une autre des formes reconnues par la loi.

Ici, il suffit de recueillir les autorités les plus considérables et les citer.

Ricard, et quelques autres auteurs, ont soutenu la négative. (1)

Ricard s'exprime ainsi :

" On peut avancer pour une maxime générale, qu'il est
 " nécessaire que le testament soit parfait en la forme en la-
 " quelle le testateur a commencé de disposer ; et que,
 " quoique cet acte ait des solemnités suffisantes pour valoir
 " en une autre forme permise par la loi, ou par la coutume,
 " il ne laissera pas de demeurer sans effet, s'il n'est ac-
 " compagné de celles qui sont requises pour l'accomplisse-
 " ment de l'espèce du testament en laquelle il a voulu dis-
 " poser."

" Cette maxime est fondée sur ce que le défunt ayant
 " témoigné vouloir faire son testament en une forme plus
 " solennelle, il est censé n'avoir pas eu dessein de confier
 " sa volonté dans une forme plus commune et moins assu-
 " rée ; et ainsi ne se trouvant point parfaite en la manière

(1) *Traité des Donations*, 1^{ère} partie, chap. 5, sec. 9, nos. 1609 et 1610.

“ qu'il a choisie, l'acte qui a été fait, n'est point suffisant pour faire foi de ses intentions.”

Cette opinion de Ricard n'a point prévalu ; elle a été combattue par bien des auteurs, et répudiée par plusieurs arrêts. Ricard lui-même semble être tombé en contradiction, car au No. 548 de la même partie de son traité, il avait déjà dit : “ Que si le testament était écrit et signé de la main du testateur, et entièrement accompli en sa forme pour le faire valoir, et qu'il soit simplement reconnu par devant un notaire qui se trouve légataire dans le testament, aux fins de le rendre plus authentique, et de lui donner une exécution parée, non seulement le testament en entier ne sera point nul ; mais même le legs fait au profit du notaire sera valable : sa qualité de notaire avec celle de légataire ne pouvait au plus avoir effet qu'à l'égard de l'acte qu'il a passé ; vû que le testament et la reconnaissance faite devant lui, sont deux actes séparés, qui peuvent subsister l'un sans l'autre ; de sorte que le défaut qui se rencontre en l'un, ne peut pas faire préjudice à l'autre, qui est demeuré accompli de toutes ses formes.”

Quant à la jurisprudence qui prévalait sous l'ancien droit, l'on peut citer les autorités suivantes :

LAPEYRÈRE, t. 2, au mot “ Testament,” p. 746, no. 7 “ si le testateur a voulu tester *solemnellement*, et n'a pas pu le faire, le testament vaudra comme *nuncupatif*, si les formalités du nuncupatif s'y rencontrent.”

BRODEAU, SUR LOUET, t. 2, p. 698. Arrêt du Parlement Toulouse, du 4 janvier, 1605, confirmant un testament nuncupatif, quoiqu'il n'y eût que six témoins avec le notaire, et que deux n'eussent point été interpellés s'ils savaient signer ou nom ; le notaire étant regardé comme servant de 7e témoin. (Cambolas, liv. 3, chap. 46.)

P. 705, arrêt du même parlement, du 21 janvier, 1624, qui a déclaré valable le testament clos, fait par une personne qui ne savait ni lire ni écrire, encore que les témoins ignorassent le contenu en icelui ; et jugé que le notaire tenait lieu de huitième témoin en ce testament ; car il en fallait huit pour qu'il pût valoir. (Cambolas, liv. 5, chap. 5.)

P. 707. “ Arrêt du Parlement de Provence, du 7 décembre, 1655, qui confirme le testament d'un aveugle, et déclare que le notaire a pu y servir de huitième témoin. (Boniface, t. 2, part. 2, tit. 2, chap. 1.)

MONTHOLON, à la page 161 de son “ Recueil d'Arrêts de la Cour, prononcés en Robes Rouges,” en cite un du mois d'août, 1592, confirmant un testament, auquel il n'y avait que six témoins, et un notaire, fait à Avignon, encore qu'il fût fait par un mineur au profit de son tuteur, c'est-à-dire, ainsi que l'auteur s'exprime dans la table, que “ le notaire fait un témoin en un testament.”

BARDET, t. 2, p. 158. Arrêt du Parlement de Paris en 1634, déclarant bon et valable un testament secret ou mystique, fait dans la Coutume de Berry, *écrit de la main du notaire* qui avait reçu l'acte de déclaration. Il fallait, dans cette Coutume, cinq personnes quand le testateur pouvait lui-même écrire, et six quand il ne le pouvait pas, savoir, le testateur, la personne confidente qui écrit pour lui, le notaire et trois témoins. On disait contre le testament que “ l'une de ces personnes ne pouvait faire la fonction de l'autre, et que néanmoins le notaire avait fait double fonction et représenté deux personnages.” On répondait que la Coutume de Berry avait “ transcrit de mot à mot le texte de la loi *Hâc consultissima, c. de testam* ; par la décision de laquelle il était certain que celui qui avait écrit le testament y pouvait être témoin.”

BASNAGE, sur l'article 413 de la Coutume de Normandie, p. 195, soutient l'affirmative sur la question de savoir si un

testament, réunissant par lui-même toutes les qualités d'un testament olographe, peut valoir comme tel, quoiqu'il ait été reconnu devant un notaire, et que cette reconnaissance soit nulle. Il cite Henrys, liv. 5, quest. 3, et deux arrêts, l'un du 17 janvier, 1616, et l'autre du 27 août, 1618.

MERCIER, l'auteur du livre intitulé, "Remarques du Droit Français sur les Instituts de l'Empereur Justinien," publié en 1655, p. 167 : "Il n'y a rien de plus favorable
" que la dernière volonté, qui est la seule chose qui de-
" meure d'un homme mourant ; *cum non aliud videatur sola-*
" *tium mortis*, dit Quintilien, *quam voluntas ultrà mortem*.
" C'est pourquoi Constantin, etc., etc." et après cette cita-
" tion, l'auteur ajoute : "Toutes ces raisons et une infinité
" d'autres qui se trouvent dans le droit, ont fait cette diver-
" sité de testaments et de formalités qui se pratiquent ; afin
" que personne ne se trouvât dans l'impuissance de pouvoir
" tester, *faute de savoir les formalités requises*, comme il au-
" rait pu s'y trouver, s'il eût été contraint à une seule forme
" de testament ; *encore bien que l'on doive faire plus d'état*
" *de la volonté du testateur, que de l'étroite observance des*
" *formalités*.

Si nous recourons aux auteurs modernes, il est facile de faire voir que la doctrine de Ricard a été combattue victorieusement par ceux des commentateurs du Code Napoléon, aux écrits desquels nous avons toujours attaché le plus grand poids, tels que Merlin, (1) Toullier, (2) Duranton, (3) Delvincourt, (4) Troplong, (5) Grenier, (6) et plusieurs autres, et l'on peut voir dans la collection de Dalloz, (7) que la

(1) Quest. de Droit. ; 3e Ed. 1820, t. 6, Vo Testament, sec. 6.

(2) T. 5, Don. et Test. 5e Edit. No. 480.

(3) T. 9, 4e Edit. Nos. 138 et suiv.

(4) T. 2, Edit. de 1824, aux notes, p. 311.

(5) Don. et Test. t. 3, Nos. 1654, 1655.

(6) Don. et Test. 4e Edit. in 8o par Bayle Mouillard, t. 2, No. 276, bis.

(7) T. 6, Vo. Disposit. entrevifs, et test. ch. 6, sec. 5, art. 7. L'auteur dit que Merlin à l'endroit déjà cité, "s'attache à réfuter la doctrine de Ricard, et démontre
" avec autant de clarté que d'érudition, le bien jugé des deux arrêts que nous ve-
" nons de citer ;" (savoir, arrêt du Parl. de Metz, du 12 sept. 1730, et arrêt du
" Parl. de Dijon, du 1er août, 1748) ainsi cités pour prouver que la jurisprudence
" n'avait pas sanctionné l'opinion de Ricard." Dalloz ajoute : "Les tribunaux

nouvelle jurisprudence des arrêts, de même que l'ancienne, est conforme au sentiment de ces auteurs.

Je terminerai ces citations par un passage du *Traité des Nullités de Solon*, t. 2, No. 126. Examinant l'objection faite par Ricard et quelques autres auteurs, qui se fondent sur la conjecture de la volonté du testateur, qui, disent-ils, n'est pas présumé avoir l'intention de disposer en une toute autre forme que celle qu'il a choisie ; " Nous déclarons avec franchise, dit Solon, que nous avons peine à concevoir comment des jurisconsultes aussi recommandables ont pu mettre dans leurs écrits une pareille raison ; nous ne concevons pas de pensée plus folle que celle qu'on attribue à un testateur, et par suite de laquelle on suppose qu'en disposant de son bien pour le temps où il ne sera plus, il tient plus particulièrement à la forme de son testament qu'à la disposition qu'il veut faire. Ou nous nous abusons bien étrangement, ou nous regarderions tous comme un insensé celui qui, en léguant sa fortune à sa compagne, à son ami, à son parent, déclarerait formellement que si son testament ne valait pas dans la forme qu'il avait choisie, il changeait ses affections, il se dépouillait du sentiment de préférence qui l'avait déterminé, il voulait en un mot que son testament fut nul, et que la volonté de

(depuis le Code Civil) tendent à consacrer le système de la validité du testament." MM. Toullier et Delvincourt ont toujours enseigné cette doctrine ; M. Grenier s'y est rendu, après l'avoir vivement combattue. M. Merlin, l'avait d'abord adoptée, *quest. de droit*, mais une note insérée dans la réédition de cet ouvrage, fait connaître que M. Merlin pensait que l'art. 979, c. civ. devait amener aujourd'hui, une décision contraire à celle qu'il avait soutenue sous l'ancienne jurisprudence ; enfin, dans son *Rep. t. 17, p. 762*, il revient à sa première opinion qu'il confirme par de nouvelles observations.

Au nombre des arrêts qui sont rapportés dans cette collection, l'on en trouve un (t. 6 p. 45), du 14 mars, 1822, rendu par la Cour de Bastia, sur les conclusions de M. Troplong, substitut, qui a jugé que " la nullité de l'acte de suscription d'un testament écrit, daté et signé par le testateur, n'empêche pas ce testament de valoir comme olographe, alors même que le testateur aurait qualifié son testament de *mystique*, et n'aurait pas employé la clause *valeat omni meliore modo* ; " considérant, est-il dit, entre autres choses, " que si Grinaldi n'a point inséré dans son testament la clause *valeat omni meliore modo quo valere poterit*, l'omission de cette clause qui n'est exigée par aucune loi, ne peut changer la nature et la substance de ce testament, étant hors de doute que Grinaldi n'ait voulu tester, et n'ait manifesté l'intention que sa volonté fût exécutée ; et il suffit pour que cette exécution soit assurée qu'elle se soit manifestée dans une des formes voulues par la loi."

“ la loi fût plus forte que la sienne. La jurisprudence nous
 “ a fourni des exemples de dispositions bien singulières ;
 “ mais nous ne pensons pas qu'elle nous en fournisse de
 “ plus bizarre ni de plus ridicule qu'une pareille disposition.
 “ Dès lors, comment attribuer à un testateur une pensée
 “ qui, si elle était formellement exprimée, serait une cause
 “ suffisante pour le faire mettre aux petites maisons.”

“ No. 127. Cette présomption est donc contre la nature
 “ des choses ; disons mieux, elle était autrefois démentie
 “ par une clause qui tenait au style du testament, il s'en
 “ faisait bien peu qui ne continssent pas cette clause : *voulant*
 “ *que la présente disposition vaille comme codicile*, ou dans
 “ toute autre forme que faire se pourrait, etc. Aujourd'hui
 “ cette clause n'est plus usitée, mais l'esprit qui la dictait
 “ n'en existe pas moins, et tout testateur n'en est pas moins
 “ présumé vouloir que son testament vaille de quelque ma-
 “ nière que ce soit. Cette volonté est dans la nature, on
 “ sent qu'un testateur n'a rien tant à cœur que l'exécution
 “ des dispositions qu'il a faites.”

Lorsque, sur la matière des testaments, le Canada était exclusivement régi par la Coutume de Paris, la question n'a pas pu se présenter, puisque nous n'avions que le testament olographe qui devait être entièrement écrit et signé par le testateur, et le testament solennel qui était écrit par un officier public. L'on sent que si ce dernier testament était nul par quelque défaut de forme, il était atteint d'une nullité entière et absolue, vu qu'il n'existait aucune autre forme de testament en laquelle il pût valoir. Mais il n'en était pas de même dans les pays de droit écrit ; il n'en est pas de même en France, aujourd'hui, sous l'empire du Code Napoléon qui permet de disposer par la voie du testament mystique. Ce testament devient un testament authentique, solennel, par l'acte notarié de suscription dont il est revêtu.

(1) Lorsqu'une personne adopte cette forme, elle est donc

(1) Dalloz. déjà cité, p. 41 :—Delvincourt, déjà cité, p 311 :—Toullier déjà cité.

présumée vouloir faire un testament authentique. Cependant s'il perd ce caractère par suite de quelque vice dans l'acte de suscription, il n'en vaudra pas moins comme testament olographe, s'il est entièrement écrit, daté et signé par le testateur. Il y a donc, dans ce cas, conversion d'un testament rédigé dans une forme, en un autre testament qui emprunte alors sa validité à une autre forme, de même que cela avait lieu dans l'ancien droit pour les pays de droit écrit. La forme authentique que le testateur a pu vouloir donner à son testament, n'est donc qu'un surcroît de formalités ; et M. Grenier, au No. déjà cité, nous dit que " les " *jurisconsultes romains* étaient bien loin de voir, dans un " *surcroît de formalités* employées par le testateur, un motif d'annulation, dans le cas où quelques unes de ces formalités auraient été omises, et où le testament aurait dû " *avoir par lui même son exécution*, quand le testateur n'aurait nullement songé à ces formalités. Ils y voyaient, au " *contraire*, un motif de plus pour prononcer la validité du " *testament*. Voici à cet égard comment s'exprime Ulpien, " *dans la loi 3, ff. de testamento militis : nec credendus est* " *quisquam genus testandi eligere, ad impugnanda sua judi-* " *cia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos* " *casus.*"

Observons encore qu'un testament olographe est un acte sous seing privé, (1) et que la règle reçue en jurisprudence qu'un acte notarié, nul comme tel, peut néanmoins valoir comme un acte sous signature privée, s'il est signé des parties, doit s'appliquer au testament mystique, nul comme tel par quelque défaut dans l'acte de suscription, mais dont l'écriture intérieure et la signature qui y est apposée présentent tout le caractère d'un testament olographe, c'est-à-dire d'un acte sous seing privé. C'est l'avis de Toullier, au No. 480 déjà cité, de Troplong, sous le No. 1654, précité, p. 589, et d'autres auteurs. Toullier, après avoir rap-

(1) Delvincourt, à la page déjà citée :—Duranton, t. 9, No. 145 :—Bioche, Dict. de Proc. t. 3, vo. Envoi en possession, p. 633 :—No. 33, Troplong, Don. et Test. t. 3, No. 1652.

pelé la règle dans son application aux actes notariés, s'exprime ainsi : " A plus forte raison la nullité de l'acte de " suscription, qui est un acte entièrement séparé du testa- " ment, et qui même est ordinairement écrit sur un autre " papier, ne peut entraîner la nullité du testament olo- " graphe."

L'espèce particulière du présent procès, ne peut pas se présenter en France sous le Code Napoléon, dans le cas d'un testament par acte public, qui, comme tel, serait nul à raison de quelque vice de forme ou autre. Impossible de valoir comme olographe, puisque ce testament ne serait pas écrit par le testateur, et impuissant également à valoir comme testament mystique, puisqu'il ne pourrait pas en réunir les conditions, sous le rapport du nombre de personnes dont la présence est requise. Au testament par acte public, (C. Civ. art. 971) il ne peut y avoir au plus que cinq personnes outre le testateur, c'est lorsqu'il est reçu par un notaire et quatre témoins, et il n'y en a que quatre quand il est reçu par deux notaires, puisqu'il se fait alors en présence de deux témoins seulement ; tandis que, pour la validité d'un testament mystique, il faut le concours d'au moins huit personnes, le testateur, le notaire, et six témoins au moins, art. 976. Cela explique l'absence, dans le nouveau droit français, de toute espèce entièrement semblable, à celle-ci.

D'un autre côté, si le testament de Léger Lambert réunit, dans l'état où il est, toutes les conditions d'un testament fait suivant la forme anglaise, on ne peut faire autrement que de reconnaître que, cette forme de testament étant admise parmi nous, il y a une analogie parfaite entre notre espèce et celles où l'on décide aujourd'hui en France qu'un testament mystique, quoique nul sous cette forme, peut néanmoins valoir comme testament olographe, encore bien plus avec celles que j'ai déjà citées comme ayant été l'objet de décisions semblables, sous l'ancienne législation, dans les pays de droit écrit, relativement aux testaments mys-

tiques ou nuncupatifs. Car le testament suivant la forme anglaise tient de la nature de ces testaments. Il y a donc la même raison de lui appliquer en ce pays, pour le faire valoir, les règles consacrées par la jurisprudence française tant ancienne que nouvelle, sur la validité, dans une des formes admises, d'un testament qui en réunit toutes les conditions, quoiqu'apparemment fait sous une autre forme et qui néanmoins se trouve nul.

Le testament de Leger Lambert réunit-il toutes les qualités d'un testament fait selon la forme anglaise ? Je n'entretiens aucun doute sur ce sujet, les témoins Auger et Dionne étaient compétents à attester ce testament suivant les lois d'Angleterre ; et je ne fais aucune difficulté de regarder comme troisième témoin, également compétent à coopérer à la même attestation, le notaire Bazin, qui a reçu, écrit et signé le testament. L'on a déjà vu qu'en France, dans les pays de droit écrit, le notaire, quoiqu'agissant en cette qualité, était compté, dans des cas analogues, parmi les témoins pour en compléter le nombre requis. (1) La même raison de compter ainsi le notaire Bazin s'applique ici. Nous avons alors trois témoins ; c'est le nombre exigé par le *statute of frauds*. Ces trois témoins attestent que Lambert a dicté et signé son testament en leur présence, et qu'eux l'ont également signé en sa présence. Cela suffit à la validité du testament. L'appelant s'est donc trompé, quand il a allégué, dans sa Réponse aux Exceptions, que le testament n'avait pas été fait, écrit et signé par le dit Léger Lambert, en présence de trois témoins. Il n'est pas mieux fondé à prétendre, comme il l'a fait, dans la même réponse que le testament ne peut valoir suivant les formes anglaises, "parceque" dit-il, "aucune des personnes dont les noms paraissent au bas du dit testament, n'y déclare que le dit Léger Lambert lui ait dit que le dit écrit était son testa-

(1) Fargole, t. 1. p. 126. "Celui qui est appelé pour écrire le testament sert pour remplir le nombre des témoins requis, ce qui a lieu même pour le notaire ou tabellion qui est mis au nombre des sept témoins que l'ord : exige dans les pays de droit écrit, Art. 5 et 9."

“ ment, ni ne déclare avoir vu, et n'a de fait vu écrire ni
 “ signer le dit écrit par le dit Léger Lambert, ni n'a été
 “ requise par lui de le signer comme témoin ; parce qu'au-
 “ cune des dites personnes ne déclare avoir signé le dit
 “ écrit en présence du dit Léger Lambert, ni en présence
 “ des autres prétendus témoins, et n'a de fait signé le dit
 “ écrit en présence du dit Lambert, ni à son vu et sù, ni en
 “ présence des autres témoins.”

Toutes ces formalités, fussent-elles requises, ont, en point de fait, été suivies. Cela résulte clairement, d'abord de la déclaration, au commencement du testament, que le notaire Bazin et les deux autres témoins se sont transportés en la demeure du dit Léger Lambert, pour y recevoir son testament, et ce à sa requisition, et que là il “ a fait, dicté et
 “ nommé son testament au dit notaire et en présence des
 “ dits témoins, de la manière suivante, etc ; ” et puis de la déclaration qui est insérée à la fin de l'écrit et qui est en ces termes : “ Ce fut ainsi fait, dicté et nommé par le dit
 “ *sieur testateur* au dit notaire qui l'a rédigé par écrit en la
 “ dite paroisse de la Rivière du Loup, en la demeure du dit
 “ testateur, et à lui lu et relu, ce qu'il a dit bien entendre
 “ et comprendre, y persiste, l'an 1837, le 6e jour du mois
 “ d'avril après midi, en présence de Désiré Lemaître Auger
 “ écuier, et Philippe Dionne, commis, résidants en cette
 “ dite paroisse, témoins *pour ce appelés, qui ont signé avec*
 “ *le dit sieur testateur et nous, notaire, après lecture faite et*
 “ *refaite.*”

Mais toutes ces formalités dont parle l'appelant ne sont pas strictement requises, encore bien moins à peine de nullité, comme l'on peut s'en convaincre par les autorités suivantes.

Greenleaf, on Evidence, 5th edition, vol. 2 § 675 : “ *Pu-
 “ blication* is defined to be that by which the party desi-
 “ gnates that he means to give effect to the paper as his will.
 “ A *formal publication* of the will by the testator, is not now

“deemed necessary, it being held that the will may be good, under the statute of frauds, without any words of the testator, declaratory of the nature of the instrument or any formal recognition of it, or allusion to it.”

“§ 677. No particular form of words is necessary in the attestation clause, nor need it express, that the witnesses signed in the presence of the testator, it being sufficient if this is actually proved. *It may also be inferred from the regular appearance of the instrument, or other circumstances of the case.*”

Taylor, on Evidence, vol. 2, § 962. “...Not necessary either that the witnesses should have attested in the presence of each other, or all at the same time, or that they should actually have seen the testator sign, or have heard him acknowledge that the paper was his will, or even have known themselves what the paper was, *provided they subscribed the instrument in his presence, and at his request.*” (C'est ce qui a été fait pour le testament de Léger Lambert.)

§ 963. “....It is sufficient if the will be signed by any person in the testator's presence, and by his direction, and, in order to constitute a direction, *it is not necessary that anything should be said.*” (Shadwell, V. Ch., in Wilson vs. Beddard, 12 Simons' Rep. pp. 33, 34.)

Starkie, on Evidence, 3rd edition, 1842, p. 1264. “The statute (of frauds) is silent as to any delivery, publication, or any other formal act by which the testator is to signify his adoption of the instrument. Hence it seems that the very act of signing the will and causing it to be attested by witnesses, in the manner pointed out by the statute is sufficient.”

Jarman, on Wills, 2d american edition by Perkins, vol. 1, p. 13. “The law has not made requisite, to the validity of a will, that it should assume any particular form,

“ or be couched in language technically appropriate to its testamentary character. It is sufficient that the instrument, however irregular in form or inartificial in expression, discloses the intention of the maker respecting the posthumous destination of his property ; and, if this appear to be the nature of its contents, any contrary title or designation which he may have given to it, will be disregarded.”

P. 114 et 115. “ In the case of *Moodie vs. Reid* (7 Taunt. 361), Lord C. J. Gibbs expressed a decided opinion, that *publication* was not an essential part of a will, not being, as he conceived, necessary to devise by custom at common law nor made so by the statutes of Hen. 8, and Charles 2 ; and subsequent judges have virtually adopted the latter opinion, they having decided that a will of freehold lands may be duly executed by a testator, without any formal recognition of or allusion to the testamentary act ; indeed, *without his uttering a syllable declaratory of the nature of the instrument.*”

Assurément, si ces autorités doivent avoir quelque poids, et je pense qu'elles en ont beaucoup, le testament de Léger Lambert doit être regardé comme réunissant toutes les conditions nécessaires à sa validité comme testament fait suivant la forme anglaise. Il doit d'autant plus valoir sous cette forme, admise dans notre législation depuis 1774, quoique nul sous la forme de testament public ou solennel, qu'on paraît avoir voulu lui donner, qu'il contient la clause *omni meliore modo*. En effet, sans la faculté accordée par les statuts de 1774 et de 1801, précités, Lambert n'aurait pu faire en faveur de sa femme le testament qu'il a fait, d'abord, parce qu'il n'aurait pas eu la liberté de disposer de tous ses biens en faveur de qui bon lui semblait s'il s'en fut trouvé de sujets à la disposition de la Coutume, et, ensuite, parce qu'il n'aurait pas eu la faculté de tester dans la forme mystique ou la forme nuncupative, formes auxquelles correspond le testament fait selon les lois anglaises. Or, si,

suivant l'opinion de quelques auteurs du droit français, la clause *omni meliore modo* était une condition nécessaire à la validité d'un testament qui réunissait toutes les qualités propres à le faire exister sous une certaine forme, quoique nul sous une autre forme, qu'apparemment on avait eu l'intention de lui donner, les intimés peuvent invoquer en leur faveur la clause dont il s'agit. En effet, nous lisons dans le testament de Léger Lambert ce qui suit : " Pour la validité du présent testament, le dit sieur testateur invoque le bénéfice des lois en force dans cette province, qui permettent telles dispositions, dérogeant à toute autre coutume et usage au contraire, c'est-à-dire que Léger Lambert s'est prévalu, pour donner force et effet à ses dispositions de dernière volonté, des lois anglaises sur cette matière.

Je suis donc d'opinion que la cour de première instance a bien jugé, en déclarant le testament valable suivant la *forme anglaise*, et que, par conséquent, son jugement doit être confirmé.

J'en étais déjà venu à cette conclusion, lorsqu'on a porté à ma connaissance une cause dans laquelle la même question avait été soulevée devant la ci-devant Cour du Banc du Roi du district de Montréal. C'est la cause de *Ruiter et autres*, contre *May et autres*, jugée à Montréal (1) le 19 octobre 1824, dans le même sens que je viens d'exprimer, et le jugement a été confirmé en Cour d'Appel, le 20 janvier, 1825. (2) Ni l'un ni l'autre de ces jugements n'est *motivé*, le premier se bornant à dire que l'action est déboutée, et l'autre que le jugement, dont était appel, est confirmé. Néanmoins j'ai eu l'avantage de me procurer l'opinion de M. le juge Reid ; je le dois à l'obligeance de son neveu, M. Taylor ; et avec sa permission, je la transcris ici.

(1) Présents : MM. les Juges Reid, Foucher et Pyke.

(2) Présents :—M. le Juge en Chef Sewell, MM. Richardson, Coltman, Smith, Hale.

No. 748, Ruiter, and May *et al.* “ This was an action in
 “ the nature of an action *en faux principal*, instituted by
 “ the plaintiff, as one of the heirs at law of the late Philip
 “ Ruiter, against the executors and legatees, named in and
 “ by his last will and testament, in order to have that will
 “ set aside, and declared null and void from informality and
 “ defect of solemnity and form in the making and execut-
 “ ing the same.

“ The will purported to have been made and executed
 “ on the 27th day of october 1820, in the presence of one
 “ Léon Lalanne, a notary public, and of two other persons
 “ as witnesses, in the form generally used for a *testament*
 “ *solennel*, and to have been so made in a certain room in
 “ the house of the testator, at St. Armand.

“ The objections taken to the will and which form the
 “ ground work of the defence were : 1st that the witnesses
 “ were not present nor heard the testator order, direct and
 “ dictate his will to the notary ; 2nd that the testator was
 “ not of sound and disposing mind and memory at the
 “ time the said will was made ; 3rd that the will was not
 “ written by the said notary in the presence of the said tes-
 “ tator, on the 27th October, 1820.

“ The facts of the case, as they appeared in evidence, are
 “ that on the 27th October, 1820, the testator having sent
 “ for the notary public to draw up his will, he attended,
 “ and on that day took down in writing the dispositions of
 “ that will, but, towards the evening, the testator falling
 “ into a weak and comatose state, the will was not then
 “ executed, but that next day, the notary having been again
 “ called in, and finding the testator much better, and of
 “ sound and disposing mind and memory, the witnesses
 “ were sent for, and in their presence and that of the notary
 “ the testator signed the will after it had been read over to
 “ him. The witnesses and notary then signed the same.
 “ This was on the 28th day of October, but the date which

“ had been previously written, the day before, by the notary,
 “ was the 27th and was not altered.

“ On the part of the plaintiffs, it was contended that the
 “ will could not be considered as an *acte authentique* as it
 “ bore date on a different day from that on which it was
 “ executed, and that it is not a *testament solennel* as it had
 “ not been *dicté et nommé* by the testator to the notary in the
 “ presence and hearing of the witnesses, and then read over
 “ to the testator, which must be one continued act in the pre-
 “ sence of all the said persons. Cited : Gd. Cout., p. 131,
 “ sec. 1, p. 118 ; no. 30, p. 106 ; no. 7, p. 131, sec. 7 ; Le-
 “ maitre, p. 423.

“ On the part of the defendants, an objection was taken to the
 “ competency of the witnesses, that as they were the *témoins*
 “ *instrumentaires*, they could not be heard, and that without
 “ their testimony, there was nothing that could impeach the
 “ validity of the will in point of form. Cited. M. Denisart,
 “ tit. *Faux principal*, 471, 474. That all the forms of law
 “ were not rigorously exacted in regard of the will being
 “ *dicté et nommé* in the presence of the witnesses. 2 *Bour-*
 “ *jon*, 304, 309. But if according to the laws of France
 “ this will should be considered as not sufficient, it certainly
 “ was so in regard to the forms adopted by the laws of En-
 “ gland upon which the defendants rely in this cause.

“ The Court were of opinion that the will could not be
 “ considered as a *testament solennel* according to the laws
 “ of France, as it appeared to be dated on a different day
 “ from that on which it was executed. That in this case
 “ the testimony of the witnesses to the instrument must be
 “ admitted, as the proceedings under the *inscription en faux*
 “ were merely of a civil nature, and no penalty attached to
 “ the witnesses, nor were they liable to any punishment by
 “ the Court, if the *faux* should be established. That it had
 “ been insisted upon as a principle that if the will was not
 “ available as a *testament solennel*, it could be of no avail

“ in any way, but was wholly null ; according to the law of France, this would be so held. But the consideration here, which was of great importance, was, whether by the laws of England the will, in its present form, would be valid, for, if it were, its imperfections under the laws of France would not form an obstacle to its validity. And we are of opinion that, according to the law of England, the will is good and valid. It was executed in the presence of the notary and two witnesses by the testator, who at the time was collected and of sound mind, and even appeared to state to the witnesses the reasons of some of his dispositions. We must judge of this will, as they would judge of it in England, were the question of its sufficiency in point of form submitted to a court of law ; and we are satisfied that there its sufficiency would be admitted. And it is fortunate for His Majesty’s subjects in this country that a greater simplicity of form in wills has been introduced here than existed in France, as the intentions of a testator will be less liable to be frustrated by the inattention or ignorance of a notary, as must have been the case here, had not the laws of England come in to secure them.”

Le testament de Philip Ruiter se terminait ainsi :

“ Thus the said testator hath declared and dictated this his last will and testament, and after it being unto him read twice over by me the said notary, in the presence of Asa Stone and Joseph H. Munson, both of said St. Armand, traders, the said witnesses, he the said testator has thereunto set and subscribed his name, in the presence of us the said notary and witnesses, who, in the presence of each other, have hereunto set and subscribed our respective names, in faith and testimony of the premises, the day and year first above written.”

Outre leurs signatures à la fin du testament, le testateur, les témoins et le notaire avaient apposé leurs initiales au bas du *recto* de chaque feuillet.

AYLWIN, Juge, concourt dans le jugement, et dit en substance :

Il n'est pas très certain que le testament dont il est question, soit absolument nul comme testament solennel ; car quoique l'article 289 de la Coutume de Paris exige que les témoins testamentaires aient au moins vingt ans accomplis, les parlements en France ne regardaient pas toujours cette formalité comme absolument nécessaire dans certains cas particuliers, comme on peut s'en convaincre, en consultant le Répertoire de Jurisprudence, vbo. Témoignage, vol. 17, p. 51, première partie.

§ 2. Il y est dit : “ Les qualités que doivent avoir les témoins testamentaires demandent certains détails. Avant d'entrer en matière, il faut poser quatre règles générales.

La seconde règle est que la faculté d'intervenir comme témoins dans les testaments est une espèce de liberté naturelle accordée à tous ceux à qui la loi ne la refuse pas expressément.

L'article 289 de la Coutume de Paris porte : “ Pour reputer un testament solennel, est requis qu'il soit passé en présence d'un notaire et deux témoins, iceux témoins idoines et suffisants, mâles et agés de 20 ans accomplis, etc.

Laurière, vol. 2, p. 400 :—Par arrêt du 2 juillet 1708, la Cour a fait défenses aux notaires De Blois et à tous autres de se servir, dans les contrats et testaments qu'ils recevront à l'avenir, de leur clercs pour témoins ou de personnes agées de moins de 20 années accomplis, *et ce sans préjudice de la validité des actes qui se trouveront avoir été passés et des testaments de ceux qui se trouveront décédés avant la publication de l'arrêt.*

Et par arrêt du 25 avril, 1709, la Cour en interprétant le précédent arrêt, a ordonné que les défenses qu'elle avait faites aux notaires de se servir de témoins qui seraient au

dessous de 20 ans, *n'auraient pas lieu dans les provinces régies par le droit écrit, ni dans celles des pays coutumiers où il est permis de disposer par testament avant l'âge de vingt ans accomplis*, dans lesquels lieux les notaires pouvaient se servir de témoins au dessous de 20 ans, pourvu qu'ils eussent atteint l'âge auquel ils auraient pu tester. Et la Cour a ajouté d'abondant que la disposition du dit arrêt, tant pour la qualité que pour l'âge des témoins, dans les testaments, ne serait exécutée qu'à l'égard de ceux qui se trouveraient avoir été faits postérieurement à la publication du dit arrêt du 2 juillet, sans qu'il pût être exécuté à l'égard de ceux qui auraient été faits avant la dite publication, quoique les testateurs fussent vivants lorsqu'elle avait été faite.

Il résulte de ce qui précède que l'on se départait quelquefois de la règle de la Coutume de Paris, sous un régime où la faculté de tester était restreinte. A plus forte raison, en Canada, où depuis le statut imperial de 1774, les formes anglaises ont été admises pour les testaments, et où, depuis le statut provincial de 1801, la faculté de tester est illimitée, les testaments sont beaucoup plus favorables.

Pour établir que le testament en question en cette cause est valable comme testament suivant les formes anglaises, il me suffira de citer le passage suivant de *Lovelass on Wills*, p. 317 and 318 :

“ When a writing, however informal, is proved to contain that which the testator intended to be a definitive disposition of his property, to take effect after his decease, it will be admitted to probate by the Ecclesiastical Court.”

“ Thus a letter written to a solicitor containing instructions for drawing up a will, written minutes taken from the mouth of the testator as instructions for a will, or single heads for a will written down by the testator himself, may be a good will of personalty. And it is immaterial that such notes or memoranda were intended to be copied fairly

or drawn out in more regular form. And even if the instrument be in the form of a deed of gift, and called such in the instrument itself, still if its purpose be testamentary, if it is only to be consummated by death, and not to operate during life, the Ecclesiastical Court will grant probate of it as a will. So also an instrument, though in form an indenture and sealed and delivered as a deed, may, if testamentary in its nature, operate as a will, even of real estate."

DUVAL et CARON, Juges, concourent dans ce jugement.

Le jugement de la Cour Supérieure est confirmé en son entier.

TURCOTTE, pour l'Appelant,

DUMOULIN et STUART, G. O., pour les Intimés.

Autorités citées par M. le juge Caron :—3 Tropolong, No. 1654 :—1 Greenleaf, p. 271 :—31 L. et E. Reports, p. 132, Wigan vs. Rowland.

NOTE.—Ce qui suit est extrait de Bardet, cité *suprà*, p. 283, dans les observations de Sir L. H. LaFontaine :

Testament d'un Français au pays de Canada, en présence de huit témoins, et le Greffier du lieu, conçu à la première personne, non olographe, et celui qui l'a écrit n'y étant pas même nommé, est déclaré nul.

Le Sieur de Champlain étant allé au pays de Canada, et étant en la ville de Québec, capitale du pays et lieu de sa résidence, y fit son testament en la présence de huit témoins et d'un nommé de la ville se disant Greffier de ce lieu. Par ce testament, conçu en la première personne, et écrit par un qui ne s'était nommé, le dit Sieur de Champlain légua au collège des Jésuites de Québec tous et chacun ses meubles, et outre la somme de 4,000 livres à prendre sur ses immeubles. Après son décès procès fut pardevant le Prévost de Paris, ou son Lieutenant civil, touchant la validité de ce testament. Par sentence il fut déclaré bon et valable, et ordonné que délivrance des legs serait faite. Les héritiers du Sieur de Champlain en interjetèrent appel. Pour eux M. Boileau dit, que ce testament est nul, n'étant olographe ni passé par devant notaires, qui sont néanmoins les deux seules formes par l'observation desquelles on peut rendre un testament bon et valable. Il n'est point olographe puisqu'il n'est point du tout écrit de la main du Sieur de Champlain testateur, mais celle d'une personne inconnue et non nommée; néanmoins étant conçu en la première personne comme si le testateur avait parlé lui même, il porte en cela la forme d'un testament olographe, et manque en tout le reste, étant écrit de main étrangère. Il n'est point passé pardevant notaires, puisqu'aucuns de cette qualité n'y étaient présents. Ce prétend le Greffier n'est point considérable sa qualité n'est point suffisante pour autoriser un testament qui est un acte important. Les appellans sont pauvres et leur cause favorable : et conclut au mal jugé, émettant, que le testament soit déclaré nul.

M. de Montholon pour les légataires dit que le testament est bon et valable, soit que l'on considère le pays auquel il a été fait ou la forme en laquelle il se trouve. Le pays est étranger, quoique sous l'obéissance du roi ; ainsi ceux qui y habitent sont excusables s'ils ne savent pas les formes qui s'observent en ce royaume pour la validité des testaments, qui, par la plupart de nos coutumes, sont bons et valables faits en présence de témoins sans aucun notaire ni autre personne publique. Il est indifférent que le testament soit conçu ou en la première ou en la troisième personne. *Nihil interest talem sermonem quis verborum usus profuderit* comme parle la loi,

**BANC DE LA REINE, } DISTRICT DE MONTRÉAL.
EN APPEL.**

**Présents :—Sir L. H. LaFontaine, Baronet, Juge en Chef,
AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.**

**KING,..... Appelant,
et**

BREAKEY,..... Intimé.

Jugé :—Que, dans l'espèce, sur une convention en forme d'atermolement moyennant la livraison à un lieu et à une époque certaine, de deux billets endossés par un tiers à qui la créance serait transportée, le retard de deux jours apporté à la livraison des billets ne peut priver le débiteur du bénéfice de l'atermolement, le créancier ne s'étant pas présenté pour recevoir les billets et exécuter le transport de la créance, mais ayant signifié son intention de ne venir les recevoir que plus tard, vu sa résidence hors de la localité indiquée.

Held :—That, in the case submitted, upon a covenant in a deed of composition founded upon the delivery, at a certain time and place, of two promissory notes, endorsed by a third party to whom the amount due should be assigned, the delay of two days incurred in the delivery of the notes will not deprive the debtor of the benefit of the composition, the creditor not having presented himself to receive the notes and execute the assignment, but having, on the contrary, made known his intention to present himself to receive the notes in question later, by reason of his residence at a distance from the place where the notes were to be delivered.

Jugement rendu le 1er juillet 1857.

Sir L. H. LaFontaine, Bt., Juge en Chef :—Par acte du 5 juin 1852 (Hossack, Notaire), l'intimé s'est obligé de payer à l'appelant la somme de £1750, en quatre paiements annuels de £437 10 chacun, et dont le premier devenait dû le 7 décembre 1853 ; avec l'intérêt légal sur le tout payable annuellement. Il paraît que les deux premiers termes de paiement ont été acquittés, puisque l'action de l'appelant n'a pour objet que le troisième, celui échu le 7 décembre 1855, et les intérêts sur la moitié de la créance à compter du 7 décembre 1854. Par une exception péremptoire, l'intimé a prétendu que la demande était prématurée, vu que

en cela suivi du droit canon. Le legs est modique et fait par une cause si favorable qu'il ne doit être contesté ; et conclut au bien jugé.

M. l'avocat général Bignon dit que les testaments faits hors du royaume sont toujours suspects. Parmi nous la faveur des héritiers légitimes l'emporte sur les legs pieux, pour la validité desquels les mêmes formalités sont requises et nécessaires que pour les autres. Le testament dont il s'agit est tellement hétéroclite qu'il y a plus d'assurance de l'au nul que de confirmer la sentence.

La Cour mit l'appellation et ce dont était appel, au naant ; émettant et corrigeant sur la demande en délivrance du legs, mit les parties hors de Cour et de procès 15 mars 1639.

l'appelant lui avait donné un plus long terme pour le paiement, en considération de deux billets qu'il lui avait fournis, endossés par M. P. Langlois. L'intimé a eu gain de cause sur cette exception, l'appelant ayant été débouté de sa demande par jugement de la Cour Supérieure à Québec, du 15 décembre 1856, "Considering" est il dit, "that the action of the plaintiff is premature, the delay agreed upon to be given, extending to the maturity of the two several promissory notes mentioned in the temporary exception of the defendant, considering also, that the defendant hath well and sufficiently established the several allegations in his said peremptory exception set forth and contained."

Les deux billets sont datés du 21 février 1856, signés par l'intimé à l'ordre de Langlois et endossés par celui-ci ; l'un pour la somme de £253 9 2 payable le 1 juillet, et l'autre pour la somme de £257 3 3 payable le 1er octobre, même année.

Le principal document invoqué pour prouver le nouvel arrangement intervenu entre les parties, est une lettre de l'appelant à Langlois, du 14 février 1856, et qui est en ces termes :

" Sir,—In place of sending me Mr. Breakey's note payable to your order, as you were speaking of doing, I should prefer having your acceptance of his drafts upon you in my favor say half payable 1st July and the other half 1st October, which I suppose will be the same thing to you as you bind yourself to see that I am paid at those periods, and by letting me have these acceptances on or before the 22nd instant, such an arrangement will be entered into by me for the instalment with interest that was due on the 7th December last, and you will have the goodness to make out the document you proposed by Mr. Glackmeyer, giving me the same security in the mills, &c., as I have now in case these acceptances are not paid at the time they become due."

L'appelant a transcrit cette lettre dans son factum, mais il a oublié d'y insérer le *postscriptum* suivant qui se trouve au *verso* : " I will be down in Quebec about the 10th March, " or perhaps before, when I will call for the documents " which you proposed making out by Mr. Glackemeyer." Il existe une autre lettre de l'appelant, dont je parlerai bientôt. Il a fait entendre deux témoins, le notaire Glackemeyer, et William D. Dupont, commis au service de Langlois. Quant au témoignage du dernier, l'appelant s'est borné à dire, dans son factum, qu'il prouve l'écriture des lettres et des billets ; mais il prouve beaucoup plus, comme il est facile de s'en convaincre par l'extrait suivant : " Between the 14th and 21st of February last, the letter " (Plaintiff's letter of 14th February) came to the office of " P. Langlois and Co. I cannot now speak positively to " the day. *On the 21st of February last*, the plaintiff came " to the office of P. Langlois and Co., and after having had " some conversation with Mr. Langlois, he, Mr. Langlois, " came out of his office into the outer office where he was " followed by the plaintiff, and handing me the said letter " in the presence and hearing of the plaintiff, he directed " me to make out two notes according to the *memorandum* " in figures then and still on the back of the said letter under its address. These notes were to be made out by the " defendant in favor of P. Langlois and Co. In pursuance " of these instructions, I made out the two promissory notes " attached to the defendant's peremptory plea.... The said " Peter Langlois handed me the said two notes after they " had been signed and endorsed as they are now, with instructions to take them over to Edward Glackemeyer, " Esquire, notary of this city, which I did and left them " there."

Voici le témoignage du notaire Glackmeyer :

" The letter now shewn to me marked plaintiff's exhibit " A, purporting to be a letter addressed to Peter Langlois, " Esq., Jr. is signed by the plaintiff whom I have seen write

" and sign his name. And the other letter now shewn to me
 " marked plaintiffs exhibit B, is likewise signed by the plain-
 " tiff and was addressed by him to me about the time it
 " bears date. On the twenty third of February last the two
 " promissory notes attached to the defendant's exception in
 " this cause, respectively signed by the defendant and in-
 " dorsed P. Langlois & Co., were sent to me for the plain-
 " tiff. I met the plaintiff in the street the same day and
 " told him that I had the said two notes for him, and I of-
 " fered him the notes if he would come to my office which
 " was close by. This was sometime in the afternoon. The
 " plaintiff *resides in St. Antoine and has no place of business*
 " in the city of Quebec that I know of; I was aware at
 " this time, from conversations with him as well as with Mr.
 " Langlois, that he the plaintiff had agreed to take these
 " notes, and on the receipt of these notes he was to make
 " a transfer of his rights against the defendant to that
 " amount to Mr Langlois. I do not recollect whether I pre-
 " pared the transfer or not. I offered him the notes however
 " without speaking of the transfer. He refused to take the
 " notes, admitting at the same time his agreement to take
 " them but saying that the time specified in his agreement
 " was elapsed, and the time specified by him was a day or
 " two before I spoke to him.

Cross examined. " There was no agreement that I know
 " of that the plaintiff was to come to my office for the notes.
 " I did not receive the notes until the 23d of February. I
 " told the plaintiff I had them for him on the same day, and
 " I told him that the notes had to be sent to the defendant
 " to be signed, and that they had not returned sooner. *The*
 " *defendant lives in the country.* This was the real cause of
 " the delay, the notes had been sent to the defendant in time,
 " but for some cause or other they did not arrive sooner."

Le dernier document qui reste à citer, est une lettre de
 l'appelant au notaire Glackmeyer, en date du 13 mars 1856,
 écrite par conséquent après que son action contre l'intimé

eût été intentée, puisque l'assignation avait été donnée dès le 8 du même mois. Cette lettre est en ces termes :

“ Sir,—By the enclosed copy of a letter which Mr. Langlois received from me, you will see that I was willing “ to take Mr. Langlois’ acceptances for the instalment due “ by Mr. Breakey, provided they had been delivered to me “ on or before the 22nd February last, but as MM. Langlois “ and Breakey did not comply with that offer, I put the col- “ lection of this instalment into MM. Holt and Irvine’s “ hands, and beg to refer you to them.”

C'est sur l'appréciation des faits qui viennent d'être exposés, que la Cour de première instance a eu à décider de la contestation entre les parties ; et je suis d'opinion que la conclusion à laquelle elle en est venue est exacte. Si, pour établir la convention invoquée par l'intimé, et savoir si de sa part il l'avait exécutée de manière à pouvoir en réclamer le bénéfice, il n'existait que le témoignage du notaire Glackmeyer, et la lettre de l'appelant du 14 février, telle qu'insérée dans son factum, c'est-à-dire, non accompagnée du *post-scriptum* cité plus haut, ni suivie de la déposition du témoin Dupont, je serais porté à dire que dans ce cas l'intimé n'aurait pas établi ses moyens de défense. Car il eût été en faute de ne pas avoir eu les billets prêts à être délivrés à l'appelant le 22 février. C'eût été un jour fixé d'une manière absolue, après l'expiration duquel l'appelant eût été relevé de son engagement. Mais le *post-scriptum* de la lettre et les faits dont dépose le témoin Dupont, appuyés de ceux dont dépose également le notaire Glackemeyer, présentent la question sous un jour plus favorable à la cause de l'intimé, et nous empêchent de regarder la mention qui est faite de la date du 22 février dans la lettre, comme faisant une condition absolue de la délivrance, ce jour là, des deux billets dont il s'agit. La lettre elle-même constate que la convention avait déjà été auparavant arrêtée entre les parties. Il est de plus constaté que non-seulement il devait y avoir des billets, mais qu'il devait aussi être

passé, pour donner plus de garantie à Langlois comme à l'appelant, un acte notarié auquel l'appelant devait être nécessairement partie. Ce n'était qu'alors que les billets pouvaient être délivrés d'un côté, et reçus de l'autre, Il suffisait donc que les billets fussent prêts pour ce moment là. Il devenait indifférent à l'appelant qu'ils le fussent un plus ou moins grand nombre de jours auparavant. L'acte notarié devait être passé chez le notaire Glackemeyer, et c'était nécessairement là que la délivrance des billets devait avoir lieu. Il fallait donc que les parties se rendissent à un jour certain dans l'étude de ce notaire. Or dans quel temps l'appelant se proposait-il d'aller pour cette fin à Québec ? Le *post-scriptum* de sa lettre nous l'apprend : " I will be " down in Quebec about the 10th march, or perhaps before, " when I will call for the *document* which you proposed " making out by Mr Glackemeyer." Le jour n'était donc pas certain ; s'il l'avait été, ce ne pouvait être que le 10 mars. Je crois que c'est là une interprétation juste et raisonnable de la lettre du 14 février considérée conjointement avec le *post-scriptum*. Ensuite nous voyons que les deux billets sont datés du 21 février, qu'ils n'ont été préparés que ce jour là, avec la participation de l'appelant et à la suite d'une entrevue qu'il venait d'avoir avec Langlois. L'appelant savait que l'intimé restait à la campagne, il fallait communiquer avec lui pour lui faire signer les billets ; et tout délai raisonnable que devait nécessiter cette communication, était un délai auquel l'appelant doit être censé avoir consenti le jour même que les billets furent écrits. Or il n'y a eu qu'un jour d'intervalle entre ce jour là et celui de la remise des billets entre les mains du notaire Glackemeyer. Assurément l'appelant ne peut pas être reçu à dire que ce n'était pas là un délai raisonnable.

Tout considéré, il me semble que l'intimé n'a pas été en retard de faire ce qui dépendait de lui pour exécuter la convention, et que par conséquent la Cour de première in-

stance a bien jugé en décidant que l'action avait été prématurée.

HOLT et IRVINE, pour l'Appelant.

STUART et VANNOVOUS, pour l'Intimé.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
APPEAL SIDE.

Before Sir L. H. LaFontaine, Baronet, Chief Justice,
AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

HOYLE, ... *Appellant*,
and

TORRANCE *et al.* *Respondents*.

Held :—That in an action for the recovery of a promissory note made in 1824, brought in December 1853, the plea that at the time of the institution of the said action more than five years had elapsed since the said note became due, and that therefore, the said note must be taken and considered to be paid and discharged, is a good plea under 12 Vict. c. 22.

Jugé :—Que dans une action en recouvrement du montant d'un billet promissoire fait en 1824, portée en décembre 1853, une exception alléguant qu'au temps de l'institution de l'action il s'était écoulé plus de cinq ans depuis l'échéance du dit billet, qui doit, en conséquence, être censé et considéré payé et acquitté, est fondée en droit d'après le statut de la 12^e Vict. c. 22.

Judgment rendered the 9th July, 1857.

The respondents, as executors of the last will and testament of the late Daniel Fisher, of Montreal, merchant, instituted, on the 23d December 1853, the present action against the appellant, Robert Hoyle, of Lacolle, farmer, for the recovery of £136 4s. 9d., besides interest, alleged in the declaration to be due as follows :—

On the 27th September, 1822, the appellant had become indebted to the firm of D. & J. Fisher, composed of the late Daniel Fisher and John Fisher, of Montreal, merchants, in a sum exceeding £500 6s. currency, on an account for goods and money, for which the respondent made his note, with interest, payable on demand, to the order of Daniel Fisher. That the note was not paid, although often de-

manded ; and, on the 21st November, 1823, by a writing, in the nature of an agreement of composition, D. Fisher, for the firm, agreed to accept five shillings in the pound, payable in two years, with Henry Hoyle's security, and a further five shillings in the pound, on his own personal security, payable in three years, with interest. That afterwards, on the 4th of February, 1824, the amount due under said composition being £544 18s. 7d., the appellant then made and delivered to the respondent divers notes, *cédules* and obligations, in writing, *sous seing privé*, to wit : one signed by himself and Henry Hoyle, and another by himself, being for £136 4s. 9d., payable in three payments, one-third in three years, one-third in four years, and one-third in five years, from date, being for five shillings in the pound of the aforesaid composition. That although the periods specified for the payment of the said composition—as well in the agreement as in said *cédule* or obligation—had long since elapsed the appellant had neglected and refused to pay it. That the respondents, as representing the late Daniel Fisher, and his partner, John Fisher, had instituted an action against the appellant, for the original debt, to which he had pleaded novation, by the said note, of date the 22nd day of September, 1822, for £500 6s. currency, and by the said agreement for composition, and the receipt given therewith for said *cédules* and obligations, and by the Judgment of the Superior Court, rendered on the 4th of May, 1852, it was considered and adjudged that the same had been novated, and the said action was dismissed. (1) That the appellant

(1) Present : Day, Smith and Mondelet, Justices :—The Court, &c., Considering that the composition and agreement in the said déclaration mentioned, related to, and was made upon a certain promissory note by the defendant before that time made in favor of the said late Daniel Fisher alone, for the sum of five hundred pounds, six shillings, and not upon any debt then due to the said late firm of Daniel and John Fisher for the causes in the said declaration set forth, and that the said promissory note was, by reason of the said composition and agreement, and the delivery by the defendant to the plaintiffs, in fulfilment thereof, of two promissory notes, each for the sum of sixty eight pounds, two shillings and four pence, drawn by the defendant, and endorsed by Henry Hoyle, and of a third promissory note for the sum of one hundred and thirty six pounds, four shillings and nine pence, drawn by the defendant, novated and discharged, and was thereupon delivered to the defendant, and considering that by reason of the premises, and by law, the plaintiff cannot by their action in this behalf recover from the defendant any sum of money for the causes, matters and things in the said declaration alleged, maintaining the exceptions of the defendant, in the said cause pleaded, doth dismiss the said action with costs.

had often acknowledged to owe the amount of the *cédule* or obligation, of the 4th of February, 1824, for £136 4s. 9d., and interest, sued for in the present action, and the payment or instalment of five shillings in the pound, for which he gave his own personal security, under said agreement of composition; and more particularly, on or about the 26th of august, 1851, both verbally and in writing, promised to pay the said sum, with interest, on request.

The appellant pleaded :—

1st Exception.—Under the Statute 10 and 11 Vic., ch. 11.—That each and every of the causes of action set forth in the declaration did not accrue, and that the defendant had not undertaken and promised, within six years next before the commencement of the suit; and by reason thereof, that the Plaintiff's remedy was barred.

2nd Exception.—That the *demande* of the plaintiffs, on the note of 4th February, 1824, must be held and taken to have been absolutely paid and discharged, inasmuch as no action or suit was brought for the recovery of the same, within five years after its maturity, and that long prior to the institution of the action more than five years had elapsed since the said note had matured, and that the plaintiffs could not now recover upon the same.

3rd Exception.—That on the 1st day of May, 1849, and long prior thereto, the plaintiffs had ceased to have any right of action upon the said note, inasmuch as more than five years had then elapsed since the maturity of said note, and, by reason thereof, that the defendant was entitled to urge that the said note should be taken as paid and discharged, and should so be declared by the Court, and the action dismissed.

4th Exception.—The same as the third, but tendering the oath of payment.

The respondents filed demurrers to each of these pleas, and, upon a hearing had, the Superior Court, at Montreal, on the 29th September, 1854, rendered Judgment, maintaining the demurrers, and dismissing the said pleas, assigning, as a reason for the dismissal of the first Exception, that the causes of action set forth accrued before the passing of the Acts 10 and 11 Vic., ch. 11, and was not within its operation—thereby holding that this statute was not a declaratory act, or retroactive in its effect ; and, as a reason for the dismissal of the other exceptions, that at the time of the institution of the action there existed no law by which the defendant could legally claim or set up against the plaintiffs' demand any prescription of five years.

The following is the Judgment on the pleadings.

“ The Court having heard the parties, by their Counsel, upon the several law issues in this cause raised by the answers, in law, of the plaintiffs to the exceptions by the defendant firstly, secondly, thirdly and fourthly pleaded —having examined the declaration of the plaintiffs in this cause filed, the said exceptions and answers—considering that the debt, for the recovery of which the said action is instituted, was contracted long before the passing of the statute 10th and 11th Victoria, chapter 11, and is not included in the provisions and limitations in and by the said statute established—maintaining the plaintiff's demurrer to the said first exception, doth dismiss the said exception, with costs. And the Court, further considering that, at the time of the institution of the present action, there existed no law by which the said defendant could legally claim or set up against the said plaintiffs' demand any prescription of five years accruing in favor of the said defendant, as the said defendant in and by his second, third and fourth exceptions, in this cause filed, hath pleaded, doth dismiss all and every the said exceptions, so secondly, thirdly and fourthly pleaded, with costs.”

Subsequently, the respondents desisted from the benefit of the judgment, as regards the third and fourth pleas, but without notice to the appellant, nor tender of the costs of the said pleas, and proceeded to evidence in the case—among other things, taking a rule upon the appellant, requiring him to give the oath by him tendered in his fourth plea, on which rule he made default, and subsequently issued his writ of appeal from the above judgment.

DUVAL, Justice :—The demurrer to the first plea has been maintained and justly, the Statute of limitation could not apply to this case ; moreover it is to be observed that the taking of the note having operated novation of the debt, the appellant ought to have pleaded to the note only. On this point he pleaded the *prescription* under the 12 Vic. c. 22, to which plea the respondents have demurred. This question has already been settled by this Court by several judgments maintaining the prescription, and consequently there can be no hesitation in deciding the case. But admitting that the Statute of the 12th Vic., has no retroactive effect the former Statute of 34 Geo. 3, gave the benefit of the five years' prescription. The appellant, here, had acquired that prescription, and how can it be pretended that by the Statute of 1849 he is to be deprived of a right acquired more than twenty years before. Such a pretension cannot be entertained. The judgment of the Court below must therefore be reversed.

JUDGMENT :—The Court, &c., Considering that at the time of the institution of the present action, more than five years had elapsed from the day on which the promissory note, for the recovery of the sum mentioned in which the said action is brought, became due and payable, and that by reason of such lapse of time, the said promissory note must be taken and considered to be paid and discharged ; considering, therefore, that in that part of the judgment pronounced by the Court below, on the 29th day of September 1854, which dismisses the exceptions secondly, thirdly and

fourthly pleaded by the appellant, there is error ; doth reverse, annul and set aside so much of the judgment so pronounced by the Court below on the 29th day of September, 1854, as dismisses the said exceptions secondly, thirdly and fourthly pleaded ; and this Court proceeding to give such judgment as the Court below ought to have pronounced, doth confirm that part of the said judgment which maintains the demurrer filed by the respondents to the said first exception pleaded by the appellant, and this Court doth maintain the said exceptions of the appellant so secondly, thirdly and fourthly pleaded as good and sufficient answers in law to the action of the said respondents, and this Court doth order that the parties, appellant and respondent, do proceed in the Court below, to the adduction of evidence in support of their respective allegations, according to law and to the course and practice of the said Court, &c.

CARTER, for Appellant,

CROSS and BANCROFT, for Respondents.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
IN APPEAL.

Before Sir L. H. LaFontaine, Baronet, Chief Justice,
AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

McFARLANE, ... *Appellant*,
and
WHITEFORD, ... *Respondent*.

Held :—1. That the contestation by a plaintiff of the declarations of three *Tiers-Saisis*, the three declarations being the same, may be made by one contestation.

2. That the *saisie-arrêt* is a mode of citing parties to appear, and that a *Tiers-Saisi* whose declaration is contested becomes a defendant in the cause, bound to answer the contestation of his declaration and liable to be condemned, alone or jointly and severally according as the debt is due by him solely, or jointly and severally with others.

3. That, in the case submitted, the allegation of acts of *dol* and fraud common to the three *Tiers-Saisis* and to the defendant, committed by concert and collusion between them, and carried out to the prejudice of the plaintiff, is sufficient, if proved, to warrant a joint and several judgment against them.

Jugé :—1. Que la contestation par un demandeur des déclarations de trois *tiers-saisis*, ces déclarations étant identiques, peut se faire par une seule et même contestation.

2. Que la *saisie-arrêt* est un mode de sommer une partie de comparaître, et qu'un *tiers-saisi* dont la déclaration est contestée devient un défendeur dans la cause, tenu de répondre à la contestation de sa déclaration, et sujet à une condamnation, seul ou conjointement et solidairement, selon que la dette est due par lui seul, ou solidairement avec d'autres.

3. Que, dans l'espèce, l'allégué d'actes de *dol* et de fraude communs au trois *tiers-saisis* et au défendeur, commis de concert et par collusion entre eux, au préjudice du demandeur, est suffisant, s'il est prouvé, pour autoriser un jugement solidairement contre eux.

Judgment rendered the 7th January, 1857.

The appellant obtained judgment in the Superior Court, Montreal, against one Delisle, on the 23rd October, 1854, and on the 7th December, 1854, a writ of *saisie-arrêt* was issued, returnable on the 19th, to attach the goods, monies, credits and effects of the defendant in the hands of John G. McKenzie, merchant, William Whiteford, merchant, and John Lovell, printer, as *tiers-saisis*. Each of the *tiers-saisis* appeared and made a separate declaration to the effect that he had nothing in his hands, the respondent's declaration being so made on the 21st December. On the 27th December, the plaintiff moved to be permitted to contest the declaration of the *tiers-saisis*, and that they be held to appear on the 17th of February then next, to answer such

contestation and *moyens* of contestation as should be previously served upon them, a rule was granted on this motion, and the *moyens* of contestation were served on the respondent on the 5th January, 1855. The plaintiff contested the several declarations of the garnishees by one contestation, in which he in effect alleged the defendant's insolvency on or about the 17th September, 1854 ; the subsequent payment by him to all his creditors, excepting the plaintiff, of 5s. in the pound ; that about the 22nd September, 1854, the garnishees contriving with the defendant fraudulently, and with a view to defeat the plaintiff's recourse, and force him to grant a discharge in full without adequate consideration, had taken all the effects and assets of the defendant into their own hands, had assumed to be the owners thereof, and had converted and realized the same to their own use, jointly and severally ; and with a like fraudulent intent and concert, caused a notarial transfer of all the said property to be made by the defendant to John G. McKenzie and William Whiteford ; that McKenzie and Whiteford sold all the property, estate and effects of the defendant, for far less than the amount acknowledged to be their value in the deed of sale ; that the allegations of the several declarations were false, and that the garnishees were jointly and severally indebted, and had property and effects of the defendant in their hands to a large amount which they had so unjustly taken and appropriated.—Conclusion, that the attachment be declared good and valid, and the several declarations false and fraudulent ; that the garnishees be jointly and severally condemned to account for the said several sums of money ; that the assignment and sale be declared fraudulent, and the garnishees jointly and severally condemned as personal debtors of the plaintiff for his debt, interest, and costs.

The garnishees severally answered the *moyens* of contestation by an answer in law, and a hearing was had on that filed by the respondent, which was based on two grounds.

1. That the respondent was summoned to appear and answer the Court for himself personally and individually, and did so ; that he was not by law bound to answer a contestation of the declaration of other garnishees, and the plaintiff should have contested the respondent's declaration separately, and the contestation as made, was illegal and irregular.

2. That it appeared from the contestation that it was filed after the expiration of the delay allowed by the rules of practice.

The Judgment is in the following terms :—

“ The Court having heard the parties by their Counsel upon the law issue raised by the answer in law in the nature of a demurrer of the said William Whiteford, to the contestation and *moyens* of contestation filed by the said plaintiff, to his, the said William Whiteford's declaration, as garnishee in this case, having examined the said contestation and *moyens*, and the said pleading, styled answer in law, and having deliberated, doth maintain the said answer in law or demurrer, and dismiss the said contestation with costs.

The rule of practice referred to is in the following terms :

“ That any party intending to contest the declaration of a *tiers-saisi* shall file his contestation within eight days from the making of the declaration of the *tiers-saisi*, if the attachment be an attachment after judgment ; and if the attachment be an attachment before judgment, then within eight days from the rendering of the judgment in the original cause.”

The Respondent contended that the judgment was well founded in law ; that each contestation should be separate, and tender separate issues, the rights of each of the *tiers-saisis* being distinct ; and that whatever might be the nature

of the allegations of the contestation, each *tiers-saisi* had a right to have his case kept clear of every other contestation, as well after as before his declaration ; and that any other practice must lead to the greatest confusion.

SIR L. H. LAFONTAINE, Bart. Juge-en-Chef. L'appelant, qui, le 23 Octobre 1854, avait obtenu un Jugement contre le nommé William H. Delisle pour la somme de 211l. 7s. 1d., fait émaner une saisie-arrêt entre les mains de trois personnes, savoir : l'Intimé, John G. McKenzie et John Lovell.

Ces *tiers-saisis* font, chacun, une *déclaration* séparée, mais semblable, c'est-à-dire que chacun affirme ne rien devoir au défendeur, Delisle, ni avoir aucun effet à lui appartenant.

L'Appelant conteste ces déclarations ; il le fait par un seul et même acte, signifié à chacun des tiers-saisis. Il dit que sa créance est antérieure au 17 Octobre 1853, date des billets sur lesquels il a obtenu jugement contre Delisle ; que dès le 22 Septembre 1854 ce dernier était notoirement en faillite et insolvable ; qu'avant cette date, mais depuis son insolvabilité, il avait payé à tous ses autres créanciers cinq chelins par louis, au préjudice de l'appelant à qui il n'avait rien payé ; qu'à la date susdite, les trois tiers-saisis se concertèrent pour le frauder, lui enlever son recours, et le priver de sa juste part et proportion dans l'actif du défendeur Delisle ; et que, pour parvenir à ce but, les trois tiers-saisis s'emparèrent de tout le fonds de commerce de ce dernier, et le convertirent à leur profit, et ce par le moyen d'un acte de cession que Delisle leur fit le 22 septembre 1854 ; étant allégué au susdit acte, qu'après avoir réalisé les biens de Delisle, ils en paieraient le montant à ses créanciers, *y compris l'appelant, au prorata* de leurs créances respectives ; que, le lendemain, 23 septembre 1854, par acte devant notaires, McKenzie et Whiteford vendirent tout le fonds de commerce de Delisle à l'autre tiers-saisi, John

Lovell, pour la somme de £2,263 16s. 10d. qu'ils déclarèrent avoir reçue de lui ; que Whiteford et McKenzie avaient non seulement cette somme entre leurs mains, mais encore une autre somme de £425, qu'ils avaient eue antérieurement du défendeur, mais depuis qu'il était devenu insolvable ; que le fonds de commerce en question valait £6,000, et qu'il n'aurait pas dû être vendu de la manière qu'on prétend l'avoir fait ; que, dans tout cela, les tiers-saisis avaient agi de concert avec le défendeur, *frauduleusement*, pour frustrer l'appelant de ses justes droits etc. etc. ; puis l'appelant ajoute que par une pareille conduite, les *tiers-saisis* sont devenus personnellement responsables envers lui pour le paiement de sa créance, et qu'ils le sont, non pas seulement individuellement, mais bien encore *conjointement* et *solidairement*. Et puis, le demandeur prend contre eux des conclusions en conséquence.

Tels sont les moyens de contestations que McFarlane le demandeur, a formulés contre les tiers-saisis, à raison de leurs déclarations.

Bien que représentés par les mêmes procureurs, les tiers-saisis ne se joignirent pas dans leurs réponses à cet acte de contestation. Ils firent des réponses séparées. Nous n'avons à nous occuper ici que de la première réponse, celle présentée sous la forme d'une *Défense en Droit*, et encore seulement en autant qu'il s'agit du tiers-saisi, Whiteford, quoique la même réponse ait été présentée par les deux autres tiers-saisis. Mais le Jugement dont est appel ne porte que sur celle de Whiteford.

La prétention de Whiteford, telle qu'énoncée dans cette *Défense en Droit*, est, en substance, qu'il aurait dû y avoir de la part de l'appelant, autant de contestations qu'il y avait de déclarations de tiers-saisis, c'est-à-dire, que les trois déclarations faites séparément et individuellement par McKenzie, Whiteford et Lovell, ne pouvaient pas être valablement contestées par un seul et même acte de procédure

Le jugement dont est appel maintient la *Défense en Droit* de Whitheford, et, par conséquent déboute l'appelant de sa contestation. Il est à regretter que ce jugement n'ait pas été motivé. On doit cependant en inférer qu'il décide, en faveur des tiers-saisis, la seule question, qui, selon le *factum* de l'appelant, est présentée à notre examen, celle de savoir si une seule contestation pouvait suffire, ou si, au contraire, il fallait une contestation séparée de chaque déclaration des tiers-saisis.

Il me semble que la Cour Supérieure a mal jugé dans les circonstances de la cause, soit que selon l'opinion de quelques auteurs, l'on doive regarder un tiers-saisi comme n'étant qu'un simple *témoin*, tant que sa déclaration n'est pas contestée, et qu'il ne devient partie à l'instance que par suite de cette contestation ; soit, au contraire, qu'on doive le regarder comme *partie* dès le moment de l'introduction de la saisie-arrêt ; toujours est-il vrai que, dans l'espèce, à l'un ou à l'autre de ces deux point de vue, les trois tiers-saisis, Whiteford, Lovell et McKenzie sont devenus *parties* au procès. La saisie-arrêt, pour être un mode particulier de citer des personnes en justice, n'en est pas moins un acte d'assignation par lequel le saisissant formule une demande contre les personnes ainsi citées. La déclaration préalable à faire par le tiers-saisi, s'il juge à propos d'en faire une, ne change rien à la nature de cette demande, dont l'introduction n'en existe pas moins, de fait et de droit, par l'effet seul de la citation en justice. Si le tiers-saisi fait défaut, ou s'abstient de faire la déclaration affirmative ou négative qu'il a la faculté de faire, selon les circonstances, il est condamné personnellement à satisfaire aux causes de la saisie-arrêt, c'est-à-dire, à payer au créancier saisissant la somme de deniers que le défendeur doit à celui-ci. Cette condamnation, qui, le cas échéant, est inévitable, est bien propre à me faire hésiter à adopter l'opinion de ces auteurs qui regardent un tiers-saisi comme *témoin*, et non comme partie tant qu'il n'a pas fait *déclaration*. Je n'ai encore vu aucun *témoin* exposé à subir une pareille condamnation.

Si le tiers-saisi juge à propos de faire une *déclaration*, ainsi qu'il en a la faculté, ou cette *déclaration* est affirmative, ou elle est négative.

Si elle est affirmative, c'est-à-dire, si le tiers-saisi déclare être débiteur du défendeur, soit de sommes de deniers, soit d'effets quelconques, le demandeur saisissant a droit d'obtenir contre lui, sur cette déclaration, une condamnation personnelle jusqu'à due concurrence, sans prendre d'autre conclusions que celles déjà présentées par sa demande en *saisie-arrêt*. Il n'y a qu'une *partie au procès*, et non un *témoin*, qui puisse être ainsi condamnée. Or un tiers-saisi pouvant l'être, qu'il fasse, ou non, une déclaration, ce tiers-saisi est donc partie, et non *témoin*, dans l'instance.

Si le tiers-saisi fait une *déclaration* négative, c'est-à-dire s'il déclare ne rien devoir au défendeur, le saisissant se contente de cette déclaration ou ne s'en contente pas. Dans le premier cas, il renonce à sa demande, et le jugement qui interviendra en conséquence, mettra le tiers-saisi hors de Cour. Dans le second cas, le créancier saisissant conteste la déclaration du tiers-saisi, fournit des moyens à l'appui de cette contestation, et, si ces moyens sont bien fondés, il obtient condamnation contre le tiers-saisi, dont la déclaration négative est ainsi mise au néant. Tels sont les résultats de ce mode particulier de citer des personnes en justice.

Considérée dans ses effets, la saisie-arrêt se présente encore à l'examen sous un autre point de vue. La condamnation à laquelle elle donne lieu en faveur du saisissant est assimilée à un transport que le débiteur, créancier du tiers-saisi, ferait lui même à son propre créancier, du montant qui fait l'objet de la condamnation. Dans un cas, le transport est volontaire, étant fait extrajudiciairement; dans l'autre, il est forcé, étant fait en justice. Mais ce n'en est pas moins un transport dans les deux cas; un acte auquel le débiteur délégué devient *partie* dans le transport volon-

taire, par l'acceptation qu'il en fait ou par la signification qui lui en est donnée ; et, dans le transport judiciaire, par l'assignation qu'il reçoit comme tiers-saisi, et par conséquent cité comme *partie* en justice, la dite assignation étant suivie d'un jugement-adjudicatif des conclusions du créancier saisissant.

Tels étant les effets de la saisie-arrêt, lorsque le créancier réussit dans cette demande judiciaire, il me semble qu'on doit regarder le tiers-saisi comme étant *partie* en cause, dès l'introduction de l'instance. En cette qualité, il est exposé à subir une condamnation personnelle au profit du saisissant, s'il avoue, ou s'il est déclaré être débiteur du défendeur. La nature de la dette sera la mesure de la condamnation. Le tiers-saisi appelé à répondre aux conclusions du créancier saisissant, devient pour ainsi dire *défendeur* vis-à-vis de ce dernier. S'il est seul débiteur de la somme de deniers, qui est saisie-arrêtée, il est seul condamné, car seul, il pourrait être poursuivi pour le paiement. Mais s'il existe d'autres débiteurs de la même somme de deniers, des débiteurs qui soient tenus *conjointement* et *solidairement* avec lui au paiement, comment le créancier saisissant, qui a le droit de se faire substituer à son propre débiteur par la procédure particulière de la saisie-arrêt, et de se porter par là demandeur contre les débiteurs de ce dernier, pourrait-il être empêché de comprendre, dans la même instance tous les débiteurs d'une créance qui sont liés, par la solidarité, au paiement de cette même créance, et de prendre contre eux, vû cette solidarité, des conclusions personnelles et solidaires par un seul et même acte ? Je ne comprend pas que l'on puisse soutenir la négative sur cette proposition. Si, au lieu d'employer la voie judiciaire pour se faire déclarer créancier de ces débiteurs solidaires par subrogation à son propre débiteur, le créancier saisissant avait obtenu de ce dernier un transport volontaire de la créance, n'aurait-il pas eu le droit de poursuivre, par une seule et même action, et par un seul et même acte de con-

clusions, tous ces débiteurs solidaires ainsi délégués ? Ceux-ci auraient-ils été admis à défendre à une telle action, en émettant la prétention que, quoique débiteurs solidaires, le cessionnaire ne pouvait néanmoins exercer de recours contre eux que par autant d'actions séparées et distinctes qu'ils étaient de débiteurs ? Je ne crois pas que l'on porte le zèle qu'il est permis d'avoir pour la défense, jusqu'à soutenir une telle prétention.

La question que présente cet appel, se réduit donc à savoir si les faits articulés par l'appelant dans ses moyens de contestation, en les supposant vrais et susceptibles d'être établis par la preuve qu'il offre d'en faire, sont de nature à faire le sujet d'une demande en justice, et à comporter une cause d'action *solidaire* contre les trois personnes auxquelles ils sont imputés, c'est-à-dire contre les trois *tiers-saisis* en cette instance. Nul doute à entretenir à cet égard. Les faits ainsi articulés sont des faits de dol et de fraude, qui auraient été commis par les tiers-saisis de concert et par collusion entre eux et le défendeur Delisle, au préjudice du demandeur et pour lui faire perdre toute chance de recouvrer sa créance contre ce défendeur. La loi rend les auteurs de tels faits, personnellement et solidairement responsables envers celui qui se dit et prouve en être la victime.

L'appelant avait deux voies d'exercer son recours, il aurait pu employer celle de l'action ordinaire, à l'effet de faire déclarer nuls les deux actes qu'il allègue être entachés de fraude et de dol.

La même action et les mêmes conclusions, par un seul et même acte, eussent suffi pour contraindre toutes les parties à répondre.

Il avait aussi la voie de la saisie-arrêt et de la procédure qui lui est propre ; c'est celle à laquelle il a eu recours.

Mais, par l'une comme par l'autre voie, c'est la même demande judiciaire qui est formulée, c'est le même droit

d'action que le créancier exerce ; et ce droit d'action donne lieu à des conclusions *solidaires*, fondées sur les mêmes moyens.

L'appelant aurait donc dû être admis à présenter, par un seul et même acte, la contestation qu'il voulait faire des déclarations des trois tiers-saisis, d'autant plus que ce mode de procéder, tout à fait légal et régulier, avait l'avantage de simplifier le litige et d'éviter à frais.

ATLWIN, Justice, concurred in the Judgment on the ground that the *moyens* of contestation were those which were appropriate to the action *Pauliana Revocatoria*, as were also the conclusions taken ; that the proceeding although in the form of an *incident* to the original suit was, in effect, the same as a revocatory action to which action all the parties to the deeds sought to be set aside, must be present. That the junction of all the parties was rendered necessary by the fraud complained of, and the demurrer therefore was wholly unfounded.

The grounds of the judgment in appeal are as follows.

“ La Cour, après avoir entendu l'appelant et l'intimé par leurs avocats, examiné le dossier de la procédure en Cour de première instance, les Griefs d'Appel et les réponses à iceux, et sur le tout mûrement délibéré : 1o. Considérant qu'en vertu du bref de saisi-arrêt émané à la requête du demandeur, trois *tiers-saisis* ont été dûment et régulièrement cités en justice dans l'instance dont il s'agit, chacun desquels a, par déclaration séparée, affirmé sous serment ne rien devoir au défendeur, ni n'avoir aucun effet à lui appartenant ; 2o. Considérant que le demandeur, suivant le cours ordinaire de la procédure, a contesté ces trois déclarations, alléguant à l'appui de cette contestation des faits de dol et de fraude, communs aux dits trois tiers-saisis et au défendeur, comme ayant été de propos délibérés et par collusion concertés entr'eux, et exécutés de même au pré-

juge du dit demandeur ; que, si ces faits énoncés dans les moyens de contestation produits par l'appelant, sont vrais et peuvent être établis par la preuve à faire dans l'instance, les tiers-saisis, comme ayant participé, en sont personnellement et solidairement responsables vis-à-vis de l'appelant, qui, selon ses allégués, en serait la victime ; 3o. Considérant que selon les énoncés de l'appelant, contenus dans ses dits moyens de contestation, les dits tiers-saisis doivent être regardés comme étant soumis à cette responsabilité solidaire envers lui, et que, d'une telle responsabilité est né, pour lui contre eux, un droit d'action en justice, de même nature ; que, par conséquent, il était bien fondé à présenter sa contestation des déclarations des tiers-saisis, et à prendre des conclusions personnelles et solidaires contre eux, par un seul et même acte, ainsi qu'il l'a fait devant la Cour de première instance ; que, de plus, sans préjudicier en aucune manière aux droits et aux prétentions des parties contestantes, ce mode de procédure a l'effet d'éviter à frais, puisqu'il peut donner lieu à un seul et même jugement sur ces mêmes droits et prétentions ; 4o. Considérant en conséquence, que dans le jugement dont est appel, il y a mal jugé, en ce qu'il maintient la réponse en droit ou exception à l'instance, présentée par l'intimé Whiteford à la contestation que l'appelant a faite des déclarations des trois tiers-saisis par un seul et même acte de procédure, le dit jugement quoique non motivé, ne pouvant d'après l'état de l'instance, avoir eu d'autre base que le fait que cette contestation a été ainsi présentée par un seul et même acte : —Infirme le susdit jugement dont est appel, savoir le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, le vingt-deuxième jour de mai mil huit cent cinquante-cinq ; et cette Cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déboute le dit tiers-saisi, Witheford, de sa dite réponse *en droit*, ou exception à l'instance, et ordonne que la dite cour passe outre à l'instruction du procès et à l'audition et au jugement du mérite de la contestation mûe entre les parties, de même que si la dite

réponse en droit ou exception n'avait jamais été faite, et quant aux frais du présent Appel, cette Cour condamne l'intimé à payer à l'appelant ceux que le dit Appel a fait encourir à ce dernier; enfin il est ordonné que le dossier soit remis à la dite Cour Supérieure siégeant à Montréal."

CROSS and BANCROFT, for Appellant.

ROBERTSON, for Respondent.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
APPEAL SIDE.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Baronet, Chief Justice,
AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

BOSTON *et al.*, ... (*Plaintiffs below*), *Appellants*.
and
TAYLOR, ... (*Defendant below*), *Respondent*.

Held:—That the attorney *ad litem* is responsible to the sheriff for his fees and disbursements on writs of execution issued on the *fiat* of such attorney.

Jugé:—Que le procureur *ad litem* est responsable envers le shérif pour ses frais et déboursés sur les writs d'exécution émanés sur le *fiat* de tel procureur.

Judgment rendered the 13th January, 1857.

Action in the Superior Court, Montreal, in *assumpsit* by the late sheriff of the district of Montreal, against an attorney of the Court, for fees of office and disbursements alleged to be due in and about the execution of divers writs, at the request of the late firm of Taylor and Hartley, of which the defendant was a partner.

Pleas 1. *défense en droit* to general counts in the declaration, dismissed.

2. *Non joinder* of the defendant's partner.

3. That the plaintiffs had no right of action against the defendant, but should have directed their action against the parties for whom the defendant acted.

4. That the fees and disbursements in question were by the invariable practice of the plaintiffs' office charged against the parties themselves, and not against their attorneys, that the defendant never promised to pay, nor had he received any monies to pay the fees or disbursements sued for.

5. Prescription of 5 years.

6. Prescription of three years under the 12 Vict. C. 44.

7. And the general issue.

The Judgment rendered in the Superior Court, by Monk, Berthelot and Pelletier, Assistant Judges, (the 18th Oct. 1855) is in the following terms.

" The Court, etc., etc., considering that in the several
 " cases in which the fees and disbursements for the recovery
 " of which the present action was instituted against the said
 " defendant, are alleged to have accrued and become due
 " to the said plaintiffs, he the said defendant acted in his
 " professional capacity of attorney *ad lites*, and in that ca-
 " pacity only ; and considering that it is not proved that as
 " such attorney *ad lites*, he, the said defendant, in such cases
 " exceeded his authority as professional mandatory of the
 " parties whom he represented, and for whom he is alleged
 " to have acted ; and considering that there is no proof wha-
 " tever of any express or implied agreement and underta-
 " king by and on the part of the said defendant to pay the
 " said alleged fees and disbursements, or any part thereof ;
 " considering that the defendant was not bound by law to
 " pay the same or any part thereof, and that no usage impo-
 " sing such obligation has been proved by the plaintiffs, and
 " seeing finally that the plaintiffs have failed to establish by
 " sufficient proof the material allegations of their declara-
 " tion, doth dismiss the said action with costs."

At the argument in appeal the respondent did not urge the non-joinder of Hartley, nor the pleas as to prescription.

Sir L. H. LAFONTAINE, Bart., Juge-en-Chef:—Un shérif a-t-il pour le paiement de ses honoraires et de ses avances une action contre le procureur *ad litem* qui le charge des actes de procédure à exécuter, ou bien n'a-t-il de recours que contre la partie de ce procureur? En d'autres mots le procureur est-il le mandant du shérif?

La question s'est présentée dans cette cause devant la Cour Supérieure à Montréal et a été jugée dans la négative le 18 Octobre 1855, par trois des Juges Assistants de cette Cour; et le shérif a interjeté appel. L'office de shérif, étranger à l'organisation judiciaire de la France, était inconnu en Canada avant le changement de domination. Nos lois statutaires, en l'introduisant dans cette province, l'ont emprunté aux institutions anglaises, et y ont, de plus, attaché des attributions spéciales en matière civile. Dans l'exercice de certaines de ces attributions, les shérifs ont remplacé l'*huissier*, le *gardien* et le receveur des *consignations* du droits français. Cela a eu lieu principalement à l'égard des brefs de sommation (1) et d'exécution des biens et effets mis sous saisie, et des deniers provenant de la vente que les shérifs font de ces mêmes biens et effets. Ils ont été, par conséquent, soumis à la même responsabilité à laquelle étaient soumis, par le droit français, les trois officiers ministériels qu'ils ont ainsi remplacés. (2)

Notre Statut Provincial de 1836, Chap. 10, Sec. 9. porte expressément en forme de disposition déclaratoire " que les " divers shérifs ou coronaires de cette Province, en faisant " servir et exécuter tous mandats de sommation et d'exécution, ou autres procédures civiles, ayant charge et sauvegarde de biens et effets sous saisie, ainsi que pour recevoir, garder en sûreté et payer tous argents par eux prélevés en vertu d'aucun mandat d'exécution, seront sujets

(1) Par suite d'une modification récente apportée aux premiers statuts, les assignations dans les causes ordinaires peuvent être données directement par un huissier, sans l'intervention du shérif.

(2) Stuart's Reports, p. 75; McClure vs. Shepherd, et la cause de McAuley vs. Shepherd, citée à la note.

“(responsables) à tous égards, et de même que tout *huissier*, “*gardien ou receveur de consignations* aurait pu l’être en “vertu des lois du Canada, avant l’année de Notre Seigneur 1759.” Puisque cette responsabilité dans toutes l’étendue qu’elle avait en France, est attachée à l’office du shérif dans le Bas-Canada, le même droit d’action que l’*huissier*, le *gardien*, et le *receveur de consignations* pouvait avoir contre celui qui les employait, pour le paiement de leurs salaires et de leurs avances, doit pour cette raison là même appartenir au shérif. Il serait injuste de laisser subsister l’une sans l’autre. Or, si l’*huissier*, en France, avait une action contre le procureur, le shérif doit avoir la même action contre le procureur en Canada.

Il a été démontré en cette cause que ce n’est pas pour la première fois que la question se présente devant nos tribunaux. Les appelants nous ont rapporté trois décisions de l’ancienne Cour du Banc de la Reine, pour le district de Montréal, qui, toutes, ont donné gain de cause au shérif contre le procureur *ad litem*. Il ne pouvait manquer de citer l’une de ces décisions puisqu’elle a été rendue contre l’un des appelants. C’est celle prononcée dans la cause de *Ermatinger vs. Boston*, le 19 juin 1830, (1) et par conséquent dès avant la promulgation de l’Acte Provincial ci-dessus indiqué. Les deux autres décisions ont été rendues, l’une dans la cause de *Gugy vs. O’Sullivan et al.*, jugée le 10 juin 1837, et l’autre dans la cause du même demandeur contre Philippe Bruneau. (2)

Dans une autre cause portée en 1836, devant le même tribunal, contre feu *Sir James Stuart* par *C. O. Ermatinger*, mais qui paraît avoir été arrangée entre les parties avant jugement, le défendeur qui avait contesté la demande sur des principes étrangers à la question dont il s’agit, disait,

(1) La Cour composée de Reid, Juge-en-Chef et de Uniacke et Rolland, Juges.

(2) Dans la cause de *Gugy vs. O’Sullivan et al.*, la Cour était composée de Pyke et Gale, Juges, et dans la cause de *Gugy vs. Bruneau*, la Cour était composée de O’Sullivan, Juge-en-Chef, Pyke et Gale, Juges.

en répondant à des interrogatoires sur *Faits et Articles* :
 "The attorney *ad litem* is understood to be liable to the
 sheriff for services performed at his instance...."

L'autorité que ces décisions doivent avoir, surtout celle rendue dans la cause de *Gugy vs. Bruneau*, jugée contradictoirement sur une exception formelle du défendeur, et le poids que doit avoir l'opinion du ci-devant Juge en Chef, Sir James Stuart, ne sauraient être méconnus. On doit d'autant plus respecter ces décisions que l'intimé ne nous rapporte pas de décisions contraires qui pourraient tendre à les affaiblir, en présentant l'état de la jurisprudence comme étant encore incertain. Mes confrères qui ont pratiqué devant les tribunaux du district de Québec, dont ils ont ensuite été membres, m'assurent que ces tribunaux jugeaient la question de la même manière. On doit donc voir dans ces décisions uniformes, une jurisprudence qui doit être d'une grande force dans la présente instance ; jurisprudence qui, évidemment, ne pouvait emprunter son principe que de ce qui se pratiquait autrefois en France dans des cas analogues. Aussi les appelants ont-ils eu raison de citer l'espèce rapportée dans la nouvelle collection de *Denisart*, au mot "Huissier," t. 9, p. 725, No. 21. Dans cette espèce il est évident que le procureur qui était poursuivi par l'huissier fut regardé comme étant le mandant de ce dernier, et que si l'huissier fut débouté de son action, c'est parce qu'il ne l'avait pas porté en temps utile. Ici, comme on l'a remarqué de la part des appelants, *exceptio probat regulam*. La règle que le shérif invoque n'a pas été une règle de l'ancien droit français seulement, dont les principes doivent gouverner la jurisprudence du Bas-Canada. C'est encore la même règle qui paraît prévaloir en France dans le nouveau droit. En effet nous lisons dans *Bioche*, "Dict. de Proc. Civile et Commerciale, 3ème édition, t. 4, au mot "Huissier," No. 427 : "Les huissiers ont-ils une action contre les avoués qui les ont chargés sans qu'ils aient été en relation avec les parties ?"

“ L'affirmative a été jugé par le Tribunal de Bruxelles, le 4 janvier 1815 ; et le pourvoi contre ce jugement a été rejeté, attendu que cette décision ne pourrait constituer qu'un mal-jugé, ne donnant pas lieu à cassation, No. 428. L'huissier peut exercer cette action avant même que l'avoué ait recouvré les frais ; *l'avoué est le véritable mandant* ; l'huissier a dû compter sur lui, Bourges, 11 juillet 1840. Dans l'usage les huissiers attendent que l'avoué soit soldé de ses frais.”

Cette règle de la responsabilité du procureur ou avoué envers l'huissier, en France, et, par contre-coup, envers le shérif en Canada, n'est pas particulière au droit français. Elle paraît exister aussi dans la jurisprudence anglaise, d'où elle a passé dans la jurisprudence de l'Etat de New-York. Nous lisons, au 5ème volume de *Johnson's Reports*, pages 522-4, l'opinion de la Cour Suprême de cet Etat, exprimée par le Juge Thomson, dans la cause de *Adams vs. Hopkins* : “ The sheriff has a right to look to the attorney for his poudage. He is his immediate employer. The attorney cannot be considered as acting in the character of a known agent, so as to charge the sheriff with giving credit to the principal. The sheriff has no discretionary power left him, whether to perform the service or not, he is bound to execute every legal process delivered to him, before he can demand his fees. (1) All reasonable security ought, therefore, to be extended to him, to insure a compensation to him for his services. He cannot be presumed to be acquainted with the residence or responsibility of parties. Very different is the situation of an attorney. He is not bound to undertake any suit, nor incur any responsibility, without a reasonable indemnity, if suspicious of his employer.”

“ But admitting an attorney to stand in the situation of a general agent, this would not exonerate him, for in such cases, it is not only necessary that the agent should act in

(1) 1 Salk. 330, 331.

“ his official capacity, but that it should appear that the
 “ creditor intended to look to the principal for compensation.
 “ The general practice of looking to the attorney, repels
 “ every presumption of credit being given to the client”
 Et dans une autre cause, jugée quelque temps après par le
 même tribunal et rapportée dans la même collection, vol. 9,
 pages 113-114, *Ousterhout vs. Day*: “ The plaintiff as sheriff
 “ was entitled to look to the attorney for his fees, and, in
 “ this case, he has elected to look to him exclusively, and
 “ has given to him the whole credit.”

Le principe de l'action du shérif contre les procureurs, repose sur la nature particulière des relations que les devoirs de sa charge établissent nécessairement entre eux. A la présentation, par un procureur, d'un ordre à exécuter, le shérif est obligé d'agir, sous peine d'être responsable des dommages-intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution. Il est, de plus, obligé d'agir dans un certain délai, fixé, soit par l'ordre judiciaire dont le procureur le charge, soit par la loi. Dans le cas d'un mandat ou bref *de terris*, dont l'exécution entraîne de sa part des avances considérables, la loi ne lui permet d'exiger, à compte de ces avances, avant d'agir, que la modique somme de vingt chelins. (1) Dans un grand nombre, si ce n'est même dans la plupart des cas, le shérif ne connaît pas, et n'a pas les moyens de connaître les parties. Souvent, ces parties résident en pays étranger. Si le shérif doit être censé ne contracter qu'avec elles par l'entremise de leur procureur, et n'avoir, en conséquence, de recours que contre elles, pour le paiement de ses honoraires et le remboursement de ses avances, on le met dans la nécessité de contracter avec des personnes avec lesquelles il serait de son intérêt de ne le pas faire pour ne pas encourir une perte certaine, soit à raison de leur insolvabilité, soit à raison de l'éloignement de leur résidence, qui, en pareil cas, pourrait rendre très difficile et très dispendieuse,

(1) 6me. Guillaume 4, Chap. 15, Sec. 25.

si ce n'est même souvent tout-à-fait illusoire, toute tentative de recouvrement. Si le shérif ne connaît pas les parties, ou s'il ne connaît pas leurs moyens, est-il juste de le faire, malgré lui, contracter avec elles, sans lui donner l'occasion de prendre des renseignements, et lui laisser la faculté d'exécuter l'ordre que leur procureur *ad litem* lui présente, ou de ne pas l'exécuter, selon que d'après les renseignements, il aurait raison de compter, ou de ne pas compter sur un recours efficace ? Dans les cas où il serait évidemment exposé à une perte certaine, serait-il juste de le mettre dans la nécessité d'encourir cette perte ? Assurément non.

D'un autre côté, le plus souvent, il n'aurait pas le temps de prendre ces renseignements, surtout dans le cas où le procureur ferait émaner, après le décès de sa partie, un bref d'exécution contre la partie défenderesse, en vertu de la règle " le mort exécute le vif " ; car il est obligé d'agir dans un délai fixe, et ce délai peut n'être pas suffisant pour recueillir ces renseignements. En outre, la faculté d'avoir recours à ces renseignements, pour valoir quelque chose, suppose nécessairement la faculté d'agir, ou de ne pas agir, après que ces renseignements ont été obtenus. Or, cette dernière faculté, la loi l'a déniée au shérif. On ne peut donc pas dire, qu'ainsi forcé d'agir pour une partie qu'il ne connaît pas, ou que, s'il la connaît, il sait être insolvable, le shérif est censé n'avoir compté que sur cette partie pour son remboursement, et n'avoir eu intention de ne faire crédit qu'à elle seule. Le cas est bien différent avec le procureur *ad litem*, puisque libre d'agir ou de ne pas agir pour la partie qui veut l'employer, si cette partie ne lui assure pas la rémunération à laquelle il a droit, il doit être nécessairement censé connaître les moyens de cette partie ; il est juste qu'à moins d'une convention contraire, cette connaissance qui lui est personnelle, l'oblige de même personnellement envers le shérif dont il a le droit d'invoquer le ministère en faveur de son client, que le shérif le veuille ou ne

le veuille pas, puisque celui-ci n'a aucune discrétion à exercer. Si son client est insolvable, il serait donc au pouvoir du procureur d'exposer le shérif à une perte qu'il saurait être certaine, sans que le shérif eut aucun moyen de l'éviter. Cela répugne à toute idée de justice, vû la situation que la loi a faite aux shérifs.

C'est en vain que l'on dira que le procureur *ad litem* n'est que le mandataire de son client ; que, dans l'exécution de ce mandat, il ne doit pas être censé s'obliger lui-même, mais obliger seulement son client ; et que le contrat de mandat étant gratuit, il n'est pas juste de rendre le mandataire personnellement responsable. Outre que, par le temps qui court, il y a, dans nos mœurs, bien peu de mandats qui s'exécutent d'une manière gratuite, on ne saurait mettre dans ce nombre le mandat *ad litem*, puisque nos lois donnent au procureur le droit de réclamer une rémunération. Ainsi, lorsqu'un procureur fait exécuter des actes de procédure, il agit, tant pour son profit que pour celui de sa partie. Il est donc intéressé personnellement, lorsque le besoin le requiert, à avoir recours au ministère du shérif, et celui-ci est obligé de le lui prêter, *volens, nolens*. Le procureur devient donc, à raison de leurs relations particulières, dans lesquelles lui seul peut prendre l'initiative, le *mandant* du shérif pour ainsi dire.

Quelles seraient les conséquences du système contraire, celui dans lequel un shérif, chargé par le procureur *ad litem* d'exécuter des actes de procédure, n'aurait néanmoins pour obligée, que la partie au nom de laquelle ces actes sont émanés ? Le shérif, dans notre organisation judiciaire ne peut pas les exécuter seul ; il est obligé d'employer des députés ; et lorsqu'il s'agit d'un mandat *de terris*, il est obligé d'avoir recours aux propriétaires des journaux dans lesquels ses annonces doivent être publiées. Et dans tout cela, il n'agit pas de son propre mouvement, mais seulement par suite des ordres dont le procureur l'a chargé. N'y aurait-il pas la même raison d'invoquer en sa faveur, quant à la ré-

bilities of the members of such partnerships, resort must therefore be had to general principles in our law, and to analogous cases in the English books. As a rule "there can not lawfully be a partnership in a mere personal office, especially when it is of a public nature and involves a distinct personal confidence in the skill and integrity of the particular party." (1) The association of several in the performance of the duties of one office produces an indivisible obligation and repels a divided responsibility among the partners. They are "joint agents and as such are jointly accountable and answerable for one another, and for the whole." (2) *Duobus quis mandat negotiorum administrationem, quæsitum est, an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur? Respondi unumquemque pro solido conveniri debere.* Digest, 17, 1, 60, Sec. 2. The Courts in the exercise of the summary jurisdiction which they possess have controlled partnership among attorneys in a manner to distinguish them from all other such associations. The liabilities of partnership between attorneys, of necessity, are made more stringent both towards their clients and the officers of the Courts, than as obtains in all other partnerships. Where a demand was placed in the hands of two attorneys, who were in partnership, for collection, and before the money was collected on the execution, the partnership was dissolved, and afterwards one of them received the money from the sheriff and gave a receipt in his own name, but neglected to pay over the money to the plaintiff, it was held that both were liable as co-partners. (3) Solicitors in partnership cannot dissolve their partnership as against their client, without his consent, so as to enable the retiring partner as discharged to act against him. *The practice of solicitors, partners, dividing their business and considering only one as agent to the other disallowed*, the client being entitled to their united exertions. (4) The members, though several, make but one

(1) Story, Partnership, Sec. 81.

(2) Story on Agency, Sec. 44.

(3) *Pooler vs. Gist*, 4 McCord, 269:—*Ogbyer on Partnership*, p. 313, note 117.

(4) *Earl Cholmondeley vs. Lord Clinton*, 19. Vesey's Rept., 272.

officer, and it is the character of the office which fixes upon each partner a joint and several responsibility. It would be absurd to suppose that in a law partnership composed of five members, it would be in the power of one, upon payment of one fifth of his client's monies, to send him to the other partners for the remainder, and to claim liberation from the entire debt. The *contrainte par corps*, or imprisonment, to which, in such cases, attorneys, as *personnes publiques*, are liable, is not more divisible than is the obligation of each partner to satisfy the claim in its entirety. As to the personal liability of an attorney to the other officers of Court for the payment of their fees, that is well settled in our own law, as it is in that of England. "If an attorney employs a stationer to do anything for which he makes a charge, he is liable, as he is for the fees of the officers of the Court, for these are ready-money transactions, for which the person engaged in the business of the Court is liable; for it cannot be presumed that the client would authorize him to pledge his credit where no credit is given. It is known the Marshall does not receive his fees from the party, but, on the contrary, from the attorney, who is daily practising there, and who is bound to pay, and not his client." (1) Under our system, the attorney is entitled to the *distriction de dépens*, not unlike in operation to the lien of the attorney in England, which proceeds upon the presumption that the advances have been made by him as *dominus litis*, and not by the client. How, then, can the attorney claim the benefit of the *distriction*, if he denies his personal liability for the fees and disbursements which are comprised within it? The sheriff, who is compellable to act by the attorney, cannot be referred to the client in the present instance, and the liability of the *respondent* being *in solido* with his late partner, I am of opinion that judgment must be entered up against him for the entirety of the amount due.

(1) *Per Lord Abinger, in Robins vs. Bridge. 3 Meeson and Welsby 118.*

CARON, J., concurred, though not without hesitation as to the liability *in solido*.

DUVAL, J., also concurred as to the liability of the attorney in an action at the suit of the sheriff, but dissented from the majority of the Court as to the joint and several liability of the partners in a law firm. He was of opinion that their obligation was divisible *in solutione*, even though it were indivisible *in obligatione*.

The judgment of the Court of Queen's Bench is in the following terms :

“ La Cour, etc., etc., considérant en loi, que le shérif a droit d'action personnelle contre le procureur *ad litem*, principe qui a déjà été consacré par plusieurs décisions des tribunaux de cette province ; en fait, que les appelants ont fait preuve de leur demande contre l'intimé, jusqu'à concurrence de la somme de quarante six livres, dix sept chelins et six deniers du cours actuel, et qu'ils auraient dû obtenir jugement pour cette somme ; que, par conséquent, la Cour de première instance, en déboutant les appelants de leur action, a mal jugé ;—infirme le jugement dont est appel, savoir, le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, le dix huitième jour d'octobre mil huit cent cinquante cinq ; et cette Cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour aurait dû rendre, condamne l'intimé à payer aux demandeurs, pour les cause énoncées dans leur déclaration, la dite somme de quarante six livres, dix sept chelins, et six deniers du cours actuel, avec intérêt sur icelle à compter du vingt neuvième jour de mai mil huit cent cinquante deux, jour de l'assignation, et aux dépens tant en la dite Cour Supérieure qu'en la présente Cour, et il est ordonné que le dossier soit remis à la dite Cour Supérieure siégeant à Montréal.” (1)

TORRANCE, MORRIS and LAMBE, for plaintiffs.

ABBOTT and BAKER, for defendant.

(1) *Vide also Walbank, v. Quarterman*, 3 C. B. Reports, 94.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before, MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

No. 1039. { MAGUIRE, JUNIOR....?..... *Plaintiff.*
 { vs.
 { THE LIVERPOOL and LONDON FIRE
 { and LIFE INSURANCE COMPANY.. *Defendants.*

Held:—That in an action brought to recover upon a policy of insurance, an *exception dilatoire*, in which it is alleged that a true bill has been found by a grand Jury, and is pending against the plaintiff, on a charge of arson with a view to defraud the defendants, and that therefore all proceedings in the cause must be stayed and held in abeyance till he shall have been tried upon the indictment, must be dismissed, and that the existence of the criminal charge against the plaintiff cannot operate a suspension of proceedings in the action against the defendants.

Jugé:—Que dans une action portée sur une police d'assurance, une exception dilatoire, par laquelle il est allégué qu'un grand Juré a fait rapport de *true bill* contre le demandeur sur accusation d'avoir mis le feu à une maison, dans le but de frauder les défendeurs, et que partant toutes procédures dans la cause, doivent être suspendues, jusqu'à ce que le demandeur ait subi son procès sur l'accusation, doit être renvoyée, et que le fait d'une pareille accusation contre le demandeur, ne peut suspendre la procédure dans une action contre les défendeurs.

Judgment rendered the 7th day of april 1857.

This was an action brought to recover upon a policy of insurance for loss and damage occasioned by fire in the premises of the plaintiff, whereby a considerable portion of his stock in trade, insured with the defendants, was consumed. The declaration set forth the policy of insurance, and the compliance on the part of the plaintiff with all the conditions precedent therein recited.

The defendants pleaded as follows.—“ And the said defendants, by this their *exception dilatoire* say, that in this cause the Court, now here, by law cannot further proceed nor compel them the said defendants, at this time, to answer in any manner to the demand of him the said plaintiff, in the declaration of the said plaintiff in this cause filed, contained, because they say: That at the term of the Court of Queen's Bench for Lower Canada, holding criminal pleas in and for the district of Quebec, and held in the city of Quebec in the month of January now last

past, our Sovereign Lady the Queen did prefer a bill of indictment against the plaintiff in this cause, whereby the said plaintiff was charged with feloniously, unlawfully and maliciously setting fire to the house in the plaintiff's declaration mentioned, on the twenty seventh day of December now last past, with intent thereby, then and there, (amongst other reasons and causes therein assigned) to defraud the defendants in this cause, against the form of the statute in such case made and provided, and against the peace of our Lady the Queen, her crown and dignity ; and the Jurors for our Lady the Queen did, upon their oath, in the said term, return a true bill against him the said plaintiff on the bill of indictment so preferred against him, and thereupon, afterwards, to wit, on the seventh day of February last past, by virtue of due process of law in that behalf issued, he the said plaintiff was arrested, and afterwards, to wit, on the day last aforesaid, in the said Court, arraigned to answer the said indictment, and the said plaintiff to the said indictment pleaded that he was not guilty, and issue was thereupon taken by our said Lady the Queen, and the trial of him the said plaintiff upon the issue joined between our said Lady the Queen and the plaintiff in this cause, and raised by the plea of him the said plaintiff was ordered to be had, and the said defendants say that the said plaintiff hath not as yet been tried upon the said indictment, nor otherwise delivered from the charges therein and thereby made against him, and that the fire by him alleged in his declaration to have been the result of a casualty or accident, was, and is, the same fire referred to in the said bill of indictment, and which forms the subject matter thereof. By reason of all which premises the defendants have a right to have all and every the proceedings in the present cause stayed, and held in abeyance, until the guilt or innocence of him, the said plaintiff, hath been, in due course of law, established and determined by the trial of him the said plaintiff upon the indictment so found against him.

All which allegations the defendants will verify when and as required to do so.

Wherefore, the defendants pray that all proceedings in this cause be stayed until the said plaintiff shall have been in due course of law tried upon the charges preferred against him, and by the said indictment so found as abovesaid, and judgment thereupon rendered, the whole with costs.

It was contended in support of the exception that the grounds set forth therein were such as to warrant the Court in exercising its discretionary power to stay all further proceedings in the cause, till the plaintiff should have been tried upon the bill of indictment pending in the criminal Court against him; that unless a stay of proceedings were granted in the cause, great injustice would thereby be inflicted upon the defendants, who were perfectly willing to pay the plaintiff the amount of his claim if he were acquitted upon the criminal charge existing against him, but that so long as that indictment and finding of the grand Jury remained untried, they could not, in justice to themselves, pay the plaintiff the amount of his claim; that if the plaintiff were convicted of the charge of felony existing against him, he could not, being a felon, prosecute the present action, and that, therefore, all proceedings in the cause should be stayed till, by the termination of the criminal charge, the plaintiff's innocence or guilt, should have been established; that the verdict of guilty on a charge of felony in a criminal proceeding, might influence the judgment in the civil suit, and could be pleaded in bar thereto; and that in such cases the Courts would suspend proceedings in a civil suit till the termination of the trial in the criminal prosecution, inasmuch as there was identity of parties, cause and object in the two suits. In support of the above the following authorities were cited. (1)

(1) Authorities by defendants:—12 East, *Crosby vs. Laing*, p. 409:—2 Story Ct. Repts. p. 72:—Kerr's Repts (New Brunswick) p. 113:—2 Carrington and Payne, *Gibson vs. Moodbury*:—2 Taylor on Ev. p. 1294 § 1490:—1 Starkie p. 283: 2 Smith's L. Cases, p. 430, *Case of Duchess of Kingston*:—1 Saunders on Pleadg. and Ev. p. 828:—Buller, N. P. p. 245:—Mertin, *Quec. de Droit*, pp. 165, 186, 189, 190, 192:—Marcadé pp. 195, 6, 7, 8.

Pope R. on behalf of the plaintiff, argued, that the causes set forth and alleged in the above exception could in no way operate as a suspension of proceedings in the cause ; that no authority could be found in any of the books in which a suspension of proceedings had been ordered till the termination of a criminal charge in a case similar to the present ; that none of the authorities cited in support of the exception in the cause, had the slightest application to the case ; that they only had reference to the case where the underwriters were the plaintiffs in an action against the alleged incendiary for the recovery a sum of money paid by them on a policy of insurance to a third party, for loss by fire occasioned by the supposed act of the said alleged incendiary, and that the wisdom and policy of ordering a suspension of proceedings in such civil action, brought by the underwriters against the accused, till he should have been first tried upon the criminal charge, was self apparent, because, in that case, the accused was guilty of two offences, one against society, and the other against a single individual or private compay, and, consequently, the interests of society would require his trial upon the public offence to be proceeded with first : in other words, that the underwriters should first be compelled to see the public, and consequently the greater offence, prosecuted first, and their private wrongs remedied afterwards ; but such a case had no application to the cause ; in the case it was the accused who was bringing his action against the underwriters, and the action could in no way interfere with or impede the progress of the criminal information laid against him, and that, therefore, the arguments and authorities on the other side did not apply to the case ; that it would be to no purpose to stay proceedings in the cause till the termination of the trial of the plaintiff on the criminal charge, inasmuch as, even if a verdict of guilty were obtained against the plaintiff, such verdict could not be offered in evidence as to the facts of the offence, or in any manner be allowed to influence the judg-

ment in the cause ; the two suits were essentially dissimilar in their object and were not between the same parties, and the proceedings in the two courts, criminal and civil, were regulated by different rules of decision, and the proceedings were not the same, and therefore it would be unjust to stay proceedings in the cause till the termination of a criminal trial over which the plaintiff had no control, and could not in any manner force on, and which, when terminated, could not in the slightest manner or degree influence the judgment in the cause. That inasmuch as the question, as to whether by the law of this country the representatives of the plaintiff, in the event of his being convicted of the felony of which he was charged, could not bring and maintain the present action against the defendants, did not arise in the case, he would abstain from entering into any argument upon this point. The following authorities were cited in support of the above. (1)

POPE, THOS. Counsel for plaintiff.—The first question to be determined is, what forms the subject maker of an *exception dilatoire* ? If the rules of pleading under the English or French systems do not furnish any authority for the position assumed by the defendants, their pretensions fall to the ground.

A dilatory plea under the former system is, in so far as it relates to the subject under discussion, to the disability of the plaintiff, by reason whereof he is incapable to commence or continue the suit, as, that he is an alien enemy, outlawed, excommunicated, *attainted of treason or felony*, under a *præmunire*, not in *rerum naturæ* (being only a fictitious person) an infant, a feme covert, or a monk professed. (2) Attainder of treason or felony disables the party attainted to prosecute any civil action, and may therefore be

1 Pigeau, p. 39 :—1 Greenleaf § 537 and notes, § 538, 524 :—1 Starkie on Ev. p. 195 (English Edition) :—2 Starkie on Ev. p. 771 (English Edition) :—1 Phillips and Amos p. 480, sec. 520, 523 :—2 English Law and Equity Repts. p. 536 :—22 English Law and Equity Repts p. 62 :—1 Harrison's Supplet. p. 946 :—1 Chitty on Pleading, p. 246 :—10 Toullier, p. 347. Nos. 244, 245, 247, 248 :—Marcadé, p. 195.

(2) 3 Black, 301 : Gould on Pl. 41, 225.

pleaded to his disability in a suit, for, by the attainder, the *traitor or felon* is *civilly* dead. (1) Under the French system such pleas are to certain disabilities of the plaintiff, but do not comprise the case under consideration (2). It is therefore manifest that the fact of a bill having been found by the grand Jury is not one which can suspend the plaintiff's right to sue, for it is not enumerated in the catalogue as creating any incompetency. His civil rights remain intact until he is attainted. If a plaintiff is only disabled when attainted of felony, and this the authorities quoted clearly shew, it follows that he is competent to sue until the attainder shall have been pronounced. In our own Court of appeals one of the judges said in relation to these preliminary pleas, "Quant à l'exception aux fins de suspendre l'action civile, elle n'existe pas sous la loi qui nous régit." (3) Even where a party is convicted of the treason or felony, he is liable to none of the disabilities already enumerated, it is only when judgment is pronounced, that they attach; (4) with what reason then can it now be urged that the disability attaches even before conviction? The decease of a party pending the suit, necessitates (when the fact is notified) a *reprise d'instance*. (5) The position of one *civilly* dead cannot produce greater consequences; yet, the plaintiff here is not *civilly* dead. It must therefore, it is submitted, be conceded that the plaintiff's right to sue is not affected by the position the finding of the grand Jury has placed him in. If, hereafter, he should be tried and convicted, the judgment or sentence might be made the subject of a plea *puis darrein continuance*. (6) The defendants demand the suspension of the plaintiff's civil rights at this time, and yet the question must arise hereafter (although it cannot at this stage of the case,) whether a judgment of felony would be conclusive against the plaintiff, or, in other words, whether such

(1) Gould on Pl., 238, 240 :—1 Chit. Pl. 491, 447 :—Gould on Pl. 282.

(2) Poth. Proc. Civ. 41, §4, 104

(3) 4 L. C. R. 168, Lamothe vs. Chevallier *et al.*

(4) 4 Black., 380.

(5) Poth., Ob. n. 880.

(6) Gould on Pl. 372 :—1 Chit. Pl. 658.

a judgment would operate as a *chose jugée* between the parties in this cause. It is submitted that it would not. (1) In the criminal proceeding, an individual may have been a witness and the conviction may have been obtained upon his own testimony, in which case to allow him, when he becomes a defendant in a civil case to derive a benefit from it would be unjust. (2) A verdict and judgment in a criminal case cannot be given in evidence in a civil action, to establish the facts on which it was rendered. If the defendant was convicted, it may have been upon the evidence of the very plaintiff in the civil action. Besides, there is no mutuality, the parties are not the same; neither are the rules of decision and course of proceeding the same. (3) The verdict and judgment in any case are always admissible to *prove the fact* that the *judgment was rendered*, or the *verdict given*; for there is a material difference between proving the existence of the record and its tenor, and using the record as the *medium* of proof of the matters of fact recited in it. But if a party were convicted of an offence and then sued in trespass for the assault, the record in the former case would not be evidence to establish the fact of the assault; for as to the matters involved in the issue, it is *res inter alios acta*. (4) If A. be convicted before a justice on the evidence of B, although B's name do not appear on the conviction, he cannot avail himself of it in any civil proceeding between him and A. (5) So, if B. and C. are convicted of a conspiracy on the prosecution of A, the conviction is not admissible evidence in an action afterwards brought against them by A. for the same conspiracy (6). It is contended by the defendants that judgments upon verdicts are in the nature of proceedings *in rem*, and therefore conclusive as to the facts they set forth, but it is submitted that proceedings *in rem* are only binding and conclusive, in so far as this case is

(1) Poth., Ob. n. 899 et seq.

(2) 1 Greenleaf Ev. § 524.

(3) do § 537.

(4) Greenleaf Ev. §§ 538-9.

(5) Smith vs. Rammens, 1 Camp. 9.

(6) Hathaway vs. Barrow, 1 Camp. 151.

concerned, when they bear directly upon the personal *status* of the party. (1) And it might be that a judgment upon verdict could establish that the plaintiff was a felon. The judgment is the only proper legal evidence of itself, and is conclusive evidence of the fact of the rendition of the judgment, and of all the legal consequences resulting from that fact, whoever may be the parties to the suit, in which it is offered in evidence. (2). But it does not follow that because a judgment fixes the *status* of a party that the facts set forth in that judgment are evidence in a different suit. It is therefore contended by the plaintiff that his right to sue is undoubted, and as the responsibility of a Court is lessened by the fact of there being an absolute decision on the very point, the plaintiff finally refers to the case of *Thurtell vs. Beaumont*, (3) being an action of *assumpsit* against an Insurance Company to recover the value of goods destroyed by fire. The defence set up was, that the plaintiff had wilfully set fire to the premises. The Jury found a verdict for the plaintiff. A new trial was moved for on several grounds, one of which was (supported by affidavit) that the grand jury had found a true bill against the plaintiff and others for a conspiracy to defraud the fire office in this very matter. Park J. said. "On this point I have looked into the books, I find many applications for new trials, on the ground of bills found by the grand Jury, but none in which the application has succeeded." In one case where the ground of the motion was, that a bill for perjury had been found against the principal witnesses, Lord Mansfield said that the granting the rule for such a reason would have a most dangerous tendency as it would open a door for constant scenes of perjury and tempt a party to delay execution by indicting his adversary's witnesses. In *Warmick vs. Bruce*, 4 M. & S. 140, Lord Ellenborough discharged a rule with costs to stay execution till after the trial of an indictment against the

(1) 1 Greenleaf Ev. §. 525.

(2) 1 Greenleaf Ev. §. 538.

(3) 1 Bing. 339.

plaintiff's witnesses for perjury. The motion was refused, with reference to the defendant's objection that no civil proceedings can be taken until the criminal investigation has been concluded, it does not apply to this case, the plaintiff in which is the accused party before the criminal Court. If the objection could apply, it could only be to a case where a party having sustained injury amounting to felony at the hands of another, sues the wrongdoer in a civil action before indicting him.

"The Court, having seen and examined the record and proceedings had in this cause, and heard the parties by their council on the issues raised upon the dilatory exception in this cause filed : considering that the reasons assigned in the said exception are insufficient in law, doth over rule the same with costs to the plaintiff and against the defendants."

POPE, R. for plaintiff,

POPE, T. counsel,

STUART and VANNOVUS, for defendants.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before BOWEN, Chief-Justice, MORIN and BADGLEY, Justices.

No. 2289. { LEE, *es qua*, ... Plaintiff.
 VS.
 { MARTIN, *et al*, ... Defendants.

Held :—That a legacy by which a testatrix gives and bequeaths to all her children living at the time of her decease, by equal portions among them, all her property, includes her grand-children issue of one of the children of the testatrix, such child having died before the opening of the legacy.

Jugé :—Qu'un legs par lequel une testatrice donne et lègue à tous ses enfants vivants lors de son décès, par parts et portions égales, tous ses biens, comprend ses petits enfants, issues, d'un des enfants de la testatrice, tel enfant étant décédé avant l'ouverture du legs.

Judgment rendered the 9th July, 1857.

BADGLEY, Justice :—By the last will of the late Jane Gilley, wife of George Black, executed on the 24 of December, 1844, she gave and bequeathed to all her children,

issue of her marriage with the said George Black, living at the time of her decease, by equal portions among them, all her property, &c., and thereby instituted her said children her sole and universal legatees, with the reservation of *usufruit* to her husband ; the children to take possession only after his death, but no division to be made until the majority of the youngest. She had five children of her marriage, one of whom was the mother of the grand child for whom the plaintiff, as her tutor, has instituted this action. Mrs. Lee had predeceased her mother, the testatrix, and consequently, at the death of the latter, which occurred in 1845, four of her children, and this grand child, survived her. This action is directed against those four children, or their representatives, and claims for the grand child her one fifth share of her grand-mother's estate. The claim is contested by a demurrer, *défense en droit*, set up by the defendants, who deny her right under the terms and alleged limitation of the will, her mother's death before the testatrix depriving her of any claim to participation.

The defendants are met at once by the argument taken from the principle of representation *en ligne directe jusqu'à l'infini*, according to the §19 Art. of the Custom, and by the inclusion, by interpretation of law, of the grand child in the general term children mentioned in this will. The defendants deny both grounds, and hence the necessity of a reference to authorities to settle the matter in dispute. These authorities are given at length to prevent mistake or misconception.

4 Gr. Com. de Ferrières, p. 787, No. 1 :—La représentation est un bénéfice de droit par lequel l'enfant succède à son ayeul ou autre ascendant en la place de son père décédé avant la succession ouverte : de sorte que la succession se partage par souches, et non par têtes, et les plus proches n'excluent pas les plus éloignés, p. 789, Nos. 2 et 5.—P. 800.—La représentation est une fiction de la loi par laquelle celui qui est en degré plus éloigné succède avec celui qui se trouve dans un degré plus proche, étant pré-

sumé la même personne que son père qui aurait succédé. Nos. 38 et 39.—No. 40.—Lorsque les enfants sont morts naturellement ou civilement avant leurs père et mère, leurs enfants succèdent à leur ayeule par la représentation de leur père ou de leur mère, et comme exerçants leurs droits, etc.—P. 815, No. 74.—La raison pour laquelle la représentation à lieu en ligne directe descendante, et même infiniment, est que la succession du père est due à ses enfants par le droit naturel, et selon l'intention commune des pères, car les pères et mères n'ont pas moins d'affection pour leurs petits enfants, que pour leurs enfants, qu'ils regardent comme leurs véritables enfants, et les plus éloignés sont sortis et descendus du défunt *de cujus successione agitur*, de même que les plus proches, c'est pourquoi la représentation a été introduite contre cette règle ancienne, *proximior remotiorem excludit*, les père et mère au défaut de leurs enfans décédés ayant de coutume d'appeler en leur place leurs petits enfans, de cet usage on en a fait une loi générale, qui a admis la représentation dans la ligne directe descendante à l'infini, qui est observée presque dans toutes les Coutumes, etc.—P. 526, No. 3.—Le fils étant décédé avant son père, le droit de succéder à l'ayeul passe en la personne du petit fils, *jure representationis non transmissionis*, par la représentation le fils succède *in gradum patris non in locum*, en sorte qu'il ne tient rien de son père, c'est la loi qui opère cette représentation, etc., see also No. 13.

LeBrun, Des Suc., p. 209, No. 17.—Celui qui vient par représentation a tous les privilèges et avantages qu'aurait eus la personne qu'il représente : ainsi les petits fils quoique renonçant à la succession du père, auront son droit d'afnesse dans la succession de l'ayeul, see also same—p. 78, No. 1.—La représentation, selon La Nouvelle 118, est un droit par lequel l'enfant succède au lieu de son père qui est décédé avant que la succession soit ouverte, p. 79, No. 10.—L'effet de la représentation, qui n'est autre que de réparer le défaut de la personne représentée, et de la feindre présente en en-

trant en son lieu et place. Nov. 118, ch. 1, ne vient que de la liaison, pour ne pas dire l'identité du père et du fils. Ce droit ne vient point d'une qualité civile d'héritier, ou de possesseur des biens, mais il a son fondement dans la nature, qui fait une subrogation perpétuelle des enfans au père et rend un père mort en la personne du fils qui lui survit, p. 82, No. 1. LeBrun, déclare, Représentation selon le droit romain et le droit commun du Royaume, qui sont fondés en cela sur le droit naturel, la nature faisant une subrogation perpétuelle des enfans aux pères, etc.

No possible or stronger sanction can be found for this principle of representation without adverting to other authorities which might be multiplied in support of it; and assuming the admission of the principle, it becomes important to ascertain the legal meaning attached to the general term, *children*, contained in the bequest, and here also authority is conclusive: it may be premised, however, in the language of lord Kenyon, 6 T. R. 352, "that in construing a will, it is our duty to give effect to the devisor's intention, as far as we can consistently with the rules of law; not conjecturing, but expounding the will from the words used; when certain words have obtained a precise technical meaning, we ought not to give them a different meaning: that would be, as lord King and other judges have said, removing land marks: but if there be no such appropriate meaning to the words used in a will, if the devisor's intention is clear and the words used be sufficient to give effect to it, we ought to construe those words so as to give effect to the intent, and not to doubt on account of other cases which tend only to involve the question in obscurity." With this introduction, what is the technical meaning attached to the term *children* by legal authority?

6. Merlin, Rép. vo. Enfans, pp. 4 et 5.—This author sums up his lucid remarks as follows:—"Ainsi, le mot enfans comprend par son énergie, et par la signification que la loi et l'usage lui ont attribué, et non par interprétation ou ex-

tension, tous les descendants à quelque degré qu'ils soient, lorsqu'ils sont à la place de ceux du premier degré de génération, qui sont décédés sans avoir recueilli, et quoique les fidéicommiss soient des charges, et qu'ils soient par conséquent de rigueur, on doit néanmoins y admettre les personnes qui sont appelées selon la signification la plus étendue des paroles, parce que, *plenius interpretamur morientium voluntatis.*" This author exposes the error of Henrys, No. 5. p. 88, on this point, who denied to the term *enfants* the same large signification as to the latin word *liberi*, which he admitted did include several degrees. Merlin observes upon this error that this opinion : "n'a pour base qu'une supposition évidemment fausse, etc.," that the Romans used the terms *nepotes et pronepotes* to point out grand children, &c. He then refers to Dumoulin, lib. 1, § 15, gl. 1 : "*aux mots père et mère, verbum gallicanum enfants non est de se restrictum ad primum vel alium gradum sed indifferenter supponit quorvis descendentes, sicut verbum liberi in lege romana.*"

Ricard, Substitution, No. 583, says the same thing :—2 Furgole, Des Test. No. 125, pp. 410, 412, this author asks the question : "Mais en doit-il être de même lorsque la disposition est faite en faveur des enfants," pp. 413, 414, and at No. 126 : "Je pense même, sur le fondement des paroles de la loi 220 ff. *de verbo signifi* : que les petits fils et les descendants en degré plus éloignés font défaillir la condition *si sine liberis, si sine maculis, si sine filiis*, quoiqu'il ait ajouté les mots : *nés de lui ou de son propre corps, de sa personne, de sa propre personne*, parce qu'il est toujours vrai que les petits enfants et les autres descendants sont nés du propre corps et de la propre personne de celui qui a donné la vie à leur père ou à leur aieul." Lacombe, Rec. de Jur. vbo. Legs, p. 409, p. 1, No. 5 : "Legs aux enfants est dû à tous descendants." 2 Despeisses, p. 139, Des Succes. Testamentaires et *ab intestat*, p. 139 : "Le fidéicommais fait en faveur des enfants, ou des fils, ou bien des descendants de quelqu'un (car on use de ces termes indifférem-

ment) est dûs aux descendants de l'un et l'autre sexe. 4o. Il est dû non seulement aux enfans en premier degré, mais aussi à tous descendans en quelque degré qu'ils soient, même les petits fils ont part au fidéicommis fait en faveur des descendans procréés du corps de l'héritier, lorsque la substitution est faite par un ascendant, les descendans des héritiers prédécédés à l'héritier succédant conjointement avec les enfans en premier degré." Faber *in suo* Cod. lib. 6, Tit. de Fideicom. 22, pp. 8 et 10 : " Ainsi le fidéicommis fait en faveur de ses filles, est même dû aux enfans d'une des filles décédées depuis le testament, et avant l'évènement des fidéicommis, *quia filii appellatione etiam nepos continetur, leg Just. 201, et leg libertorum 220, § 1, § ult. ff. de verb. sign. etc., ne que enim dulciori nomine, quam filii, possumus nepotes nostros appellare : et enim id circo filios filiasve concessionis atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus, dict. § ult.*" At p. 190 : " Tertio, même un fils de la fille de l'héritier fait défaillir le susdit fidéicommis—même lorsque la condition est ainsi conçue, *si héritier décède sans enfans procréés de son corps*, et ainsi à été jugé diverses fois au Par. de Toulouse, etc., et au Par. de Paris le 5 décembre, 1536, Charrondas, en ses observations sous le mot enfans, feuillet 90, et Berger sur Papon, etc., parce que les petits fils de l'héritier sont nés de son propre corps, l'enfant en premier degré ayant communiqué à ses enfans l'être qu'il avait reçu de son père." See also p. 240 : " 1o. Ce qui a été dit au Tit. des Subst. sect. dernière, art. 2, des personnes comprises sous divers noms ordinaires ès fidéicommis, à lieu pareillement ès legs, etc. 4o. Le legs fait aux enfans ou descendans est dû, non seulement aux enfans en premier degré, mais aussi à tous autres en quelque degré qu'ils soient."

Le Brun, Success. part. 2, 79, No. 5 : " Or dans tous ces cas, ou la transmission n'a point lieu en directe, l'on a coutume d'appeller au secours la représentation, et les mo-

dernes la reçoivent pourvu que le testateur se soit servi du nom collectif d'enfans, et qu'il ne se soit pas expliqué plus précisément en nommant par leur nom les enfans qu'il substitue, etc." Lacombe, vbo. Représentation, part: 2, p. 147, No. 3 :—A lieu en institutions et substitutions quand la disposition du testateur tient du partage entre enfans, et qu'il paraît qu'il a voulu se conformer à la loi, de même s'il a appelé ses héritiers *nomine colectivo*. 2 Despeisses, p. 140 :—“ Mais le fidéicommiss fait en faveur de plusieurs désignés par un nom collectif comme d'*enfans de la famille, du parentage*, ou autre semblable, doit être réglé suivant l'ordre des successions *ab intestat*, en sorte que tous ne sont pas appelés conjointement, mais seulement suivant le même ordre qu'ils seraient appelés s'il était question de succéder *ab intestat*, Rebuff, Faber, parce qu'on interprète tant que faire se peut la volonté du défunt ; en sorte qu'il ne se départe pas du droit commun.” See also 4 Gr. Com. de Ferrières, p. 444, No. 11, pp. 445 et 6. Nos. 8, 9, 10, 11. Ricard, Des Donat. part. 1, ch. 3, sect. 18, No. 829. Thevenot, Dessaulles, Dict. de Droit, vbo. Enfans, § 16. The laws L. 220 ff. de verb. signif. L. 6 ff. de testamentaria tutela—L. 15 ff. de pollicitationibus—Arrêts de Louet, § 8.—On tient en droit que *filiorum appellatione, nepotes continentur cum de eorum commodo quæritur*..... c'est la même personne, l'image de l'aieul qu'il représente toujours, *sive in dispositione legis aut hominis, filius non dicitur mortuus cum nepos ex eo super est in quem transfusa fuit caro ex substantia patris.*” Guyné, pp. 77, 9—Règle—“ Lorsque le testateur laisse ses biens à sa famille *nomine colectivo*, tous les auteurs conviennent qu'il faut présumer que son intention a été de conformer sa disposition à celle de la Coutume ou ses biens sont situés, c'est-à-dire par exemple dans la Coutume de Paris d'y admettre la représentation jusques aux enfans des frères.” This authority applies *fatiorior quant aux enfans*. The modern French law sustains the ancient in this respect. See 2 Duranton, p. 363, No. 387. 5 Toullier, p. 760, No. 843. 3 Merlin, Quest. de Droit,

vbo. *Enfans*, § 1, p. 680. See Teulet sur l'art. 740 du Code Civil, No. 6 :—" La représentation est donc établie exclusivement en faveur des enfans et descendans, ou mieux, des enfans, car cette expression prise dans le sens légal comprend toute la suite de la descendance en ligne directe à quelque degré qu'ils soient, No. 7.—En effet le mot enfant employé dans une disposition testamentaire désigne en général tous les descendans à quelque degré qu'ils soient, sauf la preuve contraire, etc. Arrêt Grenoble, 15 mai 1805, et Cass. 1, 5 janv. 1807. *Confians Jurisp. des Succes.* p. 57. Cited by Dalloz, année 1835, part 2, p. 4.

The question in this case, is one of direct descent, and is settled by a general unanimity of authority in favour of the grand child surviving the testatrix, and having capacity to take at that time *in jure proprio*, and that, notwithstanding the terms, "*living at the time of my decease*;" employed in the bequest these are not limitative but are merely surplusage expounding the time of legal *saisine*, as established by the law in matters of succession, and cannot be interpreted as an exclusion founded on the mere chance of life of her children, which is by no circumstance indicated as being in the intention of the testatrix. The general unanimity of authority applicable to the principle of representation is equally strong in its application to the general or collective term *all my children* used in the bequest. It is admitted generally that the term is technical and in this case is explained to include this grand child, who thereby became as it were by law the living co-heir of the testatrix at her decease, when the capacity to take arose and had effect especially as the so called legacy in this case, was in law a mere partition of her estate, *quant aux dispositions tenait du partage entre ses enfans suivant la Coutume et la loi*. The Court consider that the plaintiff is well founded in his claim as set out in his declaration, and that the demurrer must be dismissed with costs.

LELIEVRE and ANGERS, for plaintiff,

STUART and VANNOVOUS, for defendant.

SUPERIOR COURT.—MONTREAL.

Before DAY, SMITH, and CHABOT, Justices.

No. 2636.	{	KIERSKOWSKI,.....	<i>Plaintiff.</i>
		VS.	
		TALON dit LESPÉRANCE,.....	<i>Defendant,</i>
		and	
	{	TALON dit LESPÉRANCE,.....	<i>Opposant.</i>

Held:—That the seizure of the moveable and immoveable property of a defendant, on the same day, under the same writ, will not be set aside upon opposition, there being nothing in the statute prohibiting such seizure.

Jugé:—Que la saisie des meubles et immeubles d'un défendeur, le même jour, et en vertu du même writ, ne sera pas déclarée nulle sur opposition, en autant qu'aucune disposition du statut ne prohibe pareille saisie.

Judgment rendered the 30th April, 1857.

DAY, Justice.—In this cause a writ of execution issued against the goods and lands of the defendant, and certain moveables were seized, and on the same day a piece of land was also seized. The defendant comes in with an opposition to the sale both of the moveables and immoveables, and sets up in his opposition various grounds, such as agreement with the plaintiff to discontinue proceedings, but none of these grounds are proved, and the only point to be determined is whether goods and lands can be legally seized at the same time under the same writ. We do not find in the statute any thing which would render such a seizure illegal and the opposition must be dismissed. (1)

Judgment.—Considering that the opposant hath failed to establish &c.... doth dismiss, &c.

SICOTTE and CHAGNON, for opposant.

LAFLAMME, LAFLAMME and BARNARD for plaintiff.

(1) 25 Geo. 3. C. 2. Sect. 31. " In all cases where execution shall issue against real and personal estates, the sheriff shall first dispose of the personal property, and if the proceeds thereof shall fall short of the amount of the Judgement, the real estate, or so much thereof as will produce the amount, shall be sold for that purpose."

SUPERIOR COURT, MONTREAL.

Before : DAY, MONDELET, and CHABOT, Justices.

No. 1470. { WHITE,..... Plaintiff.
 vs.
 DALY,..... Defendant.
 and
 WHITE,..... Plaintiff en garantie.
 vs.
 THE INDUSTRY VILLAGE AND RAW-
 DON RAILROAD COMPANY..... Defendants
 en garantie.

Under a clause in an agreement between a contractor and a railroad company, the contractor was authorized to collect, for his own benefit and profit, arrears due by certain stockholders for the price of their stock, to a certain specified amount :

Held:—That in such case the stockholders cannot be sued in the name of the contractor, and that the company is not liable to warrant or defend such contractor against a plea by a stockholder, alleging facts to show that he was not indebted to the company.

En vertu d'une stipulation dans un marché entre un contracteur et une compagnie de chemin de fer, le contracteur était autorisé à percevoir, pour son bénéfice et avantage, certains arrérages dus par des actionnaires pour leurs souscriptions :

Jugé:—Que dans tel cas, les actionnaires ne peuvent être poursuivis au nom du contracteur, et que la compagnie n'est pas tenue de garantir tel contracteur sur un plaidoyer par un actionnaire, alléguant des faits pour constater qu'il n'est pas engagé envers la compagnie.

Judgment rendered the 30th May, 1857.

DAY Justice.—The plaintiff, White, entered into a contract with the defendants *en garantie* for the construction of a portion of their railroad. (1) By a clause in the contract he was to receive payment partly by stock of the company, and

(1) The clause in the contract as to payments is as follows :

" All the said works to be performed and completed, as aforesaid, for and in consideration of the sum of two thousand, six hundred pounds, currency, which said sum of money the said Jedediah Hubbell Dorwin, in his said capacity, obliges himself well and truly to pay, or cause to be paid, unto the said Patrick White, as follows, to wit :—

" 1. Seven hundred and forty one pounds, seven shillings and six pence, said currency, by balance of Rawdon stock, as per schedule also hereunto annexed, after having been signed, *in varietur*, by the said parties, and us notaries, which said sum of money the said Patrick White is hereby expressly authorized to collect for his own benefit and profit, and the company, on application being made to them, in writing, by the said Patrick White, shall be bound to cause to be forfeited such Rawdon stock as may be in arrears at such time, according to the Act of Incorporation of the said company, and agreeably to understanding between them and the said company as to the terms and conditions of payment, the said company making over to the said White all such forfeited stock with the amount paid on it at the time of forfeiture.

" 2. One hundred and fifty pounds, said currency in stock at par of said Industry Village and Rawdon Railroad Company.

" 3. In cash payable in monthly estimates, &c.

partly in cash, and he was authorized to collect arrears of stock from the stock holders mentioned in a schedule annexed to the contract, one of these stockholders, Daly, being sued, sets up several grounds of defence, shewing that he was not indebted to the company, and alleging amongst other things that part of his stock was to be paid for in work, the plaintiff upon this brings an action *en garantie* against the company. To this action the company pleaded a clause in the contract as to the terms of payment, and that the plaintiff was authorized by the contract to collect arrears due by the stockholders by suit in the name of the company, but not in his own name, and that the company was bound to forfeit any unpaid stock in arrear, on the request of the plaintiff, and for his benefit, and was ready to do so, but had never been requested to proceed to such forfeiture. The only proof in the case, is the contract, and on looking at the clause referred to the Court is of opinion that the action *en garantie* must be dismissed. The plaintiff had no right to sue in his own name; his duty was to call on the company to forfeit the stock, which he has not done, and the defendants *en garantie* have a right to hold him to his contract.

Judgment.—Considering that the plaintiff hath failed to establish the material allegations of his declaration, and that it doth not appear that by reason of the deed of agreement therein set forth, and by law, the plaintiff *en garantie* had any right to implead or sue the said Alexander Daly, the defen-

No. 1490.—White, plaintiff *en garantie*. The Industry Village and Rawdon Rail Road, defendant *en garantie*.—Held:—That in an action *en garantie* copies of the writ and declaration in the original cause must be served on the defendant *en garantie*.

In a previous action between the same parties, the Railroad Company pleaded by exception *à la forme* that no legal service of the action *en garantie* had been made on the Company, the service being on the president of the company at his domicile in Montreal, and that no copy of the writ and declaration in the original cause had been served. On the ground last stated the action *en garantie* was dismissed by the Superior Court at Montreal, (18th april 1856, Day, Smith and Mondelet, Justices) and this judgment was affirmed in appeal 11 october 1856. Copies of the writ, declaration and plea in the original cause were filed on the return day of the action *en garantie*, as exhibits, and it was contended by the appellant that this was sufficient. No copy of the plea of the original defendant was served, but the exception *à la forme* made no allusion to the plea.

Barnard, for plaintiff *en garantie*, appellant.

A. & G. Robertson, for defendant *en garantie*, respondents.

dant, in his own name, for the recovery of the sum of money in the said declaration mentioned and specified, or that the defendants *en garantie* are bound to warrant and defend him the said plaintiff *en garantie*, in manner and form as he hath concluded, maintaining the exception of the defendants *en garantie*, in the said cause pleaded, doth dismiss the said action *en garantie*, with costs,

LAFLAMME, LAFLAMME and BARNARD, for plaintiff
en garantie.

ROBERTSON, A. & G. for defendants *en garantie.*

BANC DE LA REINE, } DISTRICT DE MONTREAL
EN APPEL.

Présents : Sir L. H. LaFontaine, baronnet, juge-en-chef,
AYLWIN, DUVAL et CARON, juges.

LANOUPETTE, *et al*, ... Appelants.
et

JACKSON, ... Intimé.

Jugé :—Que, dans l'espèce, il y a lieu à une demande en bornage entre voisins, lorsque les traces d'un premier bornage et placement de bornes ont disparu, les terrains n'étant divisés que par une clôture d'embarras.

Held :—That, in the case submitted, an action *en bornage* might be brought, inasmuch as no traces of a previous *bornage* remained, the lands being only divided by a fence, *clôture d'embarras*.

Jugement rendu le 12 mai 1857.

L'action avait été portée en avril 1851, par les appelants contre l'intimé, devant la Cour Supérieure, à Montréal, aux fins de faire bornier leurs héritages respectifs contigus l'un à l'autre, en autant, est-il dit dans la déclaration, " que les " héritages en question à l'endroit où ils se touchent ne sont " point bornés, qu'il n'existe aucune ligne, et qu'il est im- " possible aux parties en cette cause de pouvoir jouir de ce " qui leur appartient respectivement dans ces biens, vu le " défaut de bornages." Les conclusions étaient les conclusions ordinaires pour le bornage des propriétés.

L'intimé, par une première exception, plaida que des bornes avaient déjà été plantées, tel qu'apparaissait par un procès verbal de bornage des 17, 18 et 19 décembre 1818, fait par Et. Guy, arpenteur, qu'une clôture avait été faite dans le cours de l'année suivante et entretenue depuis lors par les parties.

Un second plaidoyer opposait la prescription de 20 ans, tant par l'intimé que par ses auteurs. Un troisième plaidoyer invoquait la prescription de 30 ans ; et enfin par une quatrième exception, l'intimé alléguait des impenses utiles et nécessaires, et demandait d'être remboursé de leur valeur en cas d'éviction.

Le bornage de 1818 avait été fait entre Joseph Lanouette, auteur des appelants, Samuel Dumas, et René Leduc. Ce dernier en août 1821, donna sa propriété à ses deux enfants René et Paul, dont le premier vendit au défendeur en janvier 1839, et le second en juin et juillet 1842, en sorte que le défendeur ne pouvait invoquer personnellement la prescription de 10 ans, ni celle de 20 ans du chef de ses auteurs. La preuve faite n'a pu faire remonter l'érection de la clôture d'embaras entre les parties au delà de 29 ans.

Un plan annexé au procès-verbal de 1818, montre la ligne séparant les parties, droite dans toute sa longueur, sauf 5 arpents de longueur, vers le milieu, où la propriété rentre carrément chez le défendeur, de 4 arpents 4 perches, tandis que la clôture d'embaras faite depuis la profondeur de ces 5 arpents jusqu'au bout de la terre des appelants dévie considérablement de la ligne droite, donnant ainsi au défendeur un angle aigu contenant environ 7 arpents en superficie.

Le 19 octobre 1852, la Cour Supérieure ne trouvant pas de raison suffisante pour motiver l'action, la débouta, "*faute de preuve.*"

Appel fut interjeté de ce jugement à la Cour du Banc de la Reine, les appelants prétendant que la recherche des bornes, et leur *raffaichissement* lui étaient ouverts au moyen de l'action par lui intentée et qui aurait dû être maintenue.(1) La Cour d'Appel leur donna gain de cause par le jugement qui suit :

“ La Cour, etc. 1o. Considérant que les héritages respectifs des parties se trouvent et sont contigus à l'endroit indiqué dans la déclaration des appelants, demandeurs en Cour de première instance, auquel endroit les dits appelants demandent, par leurs conclusions, que des lignes de séparation et de division soient tracées et tirées suivant la loi, et des bornes plantées, et ce d'après les titres respectifs des parties; 2. Considérant qu'il existe déjà un procès-verbal de bornage qui s'applique à la partie des dits héritages, qui est l'objet de l'action des appelants; lequel procès-verbal (pièce No 4 des dits appelants,) est en date du mois de décembre 1818, et a été fait à la réquisition de feu Samuel Dumas, l'un des auteurs de l'intimé, et de feu Joseph Lanouette, auteur des appelants, par l'arpenteur Etienne Guy, conformément à d'anciennes lignes par lui alors reconnues et rafraichies; et que le dit procès verbal est invoqué respectivement par les parties au présent procès; 3. Considérant qu'il appert au dit procès verbal et au plan y annexé, que le dit Etienne Guy a alors posé des bornes aux points indiqués sur le dit plan par les lettres A, B, C, D, E, F; que, selon le dit procès verbal et le dit plan, les dits héritages des parties sont contigus dans l'étendue qui se trouve du dit point E au dit point F, et que les bornes posées à ces deux derniers points par le dit Etienne Guy, sont et doivent être les bornes de divisions ou séparations des dits héritages, dans les limites desquelles bornes, respectivement, chacune des dites parties a droit de jouir de son terrain et de le posséder conformément à ses titres, et conformément au susdit

(1) Autorités citées par les appelants, Millet, Bornage, pp. 84, 160, 176, 181, 188. 193, 277, 290 :—3. Toullier, no. 169 :—2. Curasson, p. 321.

procès-verbal et au susdit plan ; 4. Considérant que, d'après le procès-verbal de l'arpenteur Regnaud, (pièce No. 3 des appelants,) fait à la réquisition de ces derniers seuls, le 17 novembre 1849, mais reconnu par l'admission signée des parties en cette cause, il existe une clôture du point E au point M, indiquée par ces deux lettres sur le plan annexé au susdit procès-verbal du dit arpenteur Regnaud, ce qui est reconnu par les parties par leur susdite admission, dans laquelle ils reconnaissent de plus que cette clôture, qui était dans l'origine une *clôture d'embarras* existait au même endroit depuis 26 ans avant l'introduction de la présente action ; qu'elle était la seule clôture érigée là entre les dits héritages des parties ; et qu'il y avait une ancienne borne au susdit point M, à l'extrémité de la dite clôture ; 5. Considérant qu'il résulte de la preuve faite en cette cause que la dite ancienne borne ainsi admise existe au susdit point M du plan du dit arpenteur Regnaud, n'est pas une borne qui ait été posée à ce point pour marquer en cet endroit la division des héritages des parties, mais bien seulement pour indiquer celle qui peut exister au même endroit entre l'héritage des appelants et celui indiqué au susdit plan, comme appartenant à madame François Deseves, dans la profondeur des héritages des parties ; que le dit Peter Jackson, l'intimé, s'est emparé et jouit de cette partie du terrain des appelants, qui se trouve comprise dans les limites indiquées d'un côté, par les dits points E. F. sur le susdit plan du dit arpenteur Guy, et de l'autre, par les points E. M. sur le susdit plan du dit arpenteur Regnaud, c'est-à-dire de cette partie du dit terrain, qui se trouve comprise entre la susdite clôture et les dits points E. F. au susdit plan du dit arpenteur Guy ; 6. Considérant qu'il est constaté, par la même preuve, que la borne posée par l'arpenteur Guy, au point F. de son dit plan, ne se trouve plus en cet endroit et que, par conséquent, elle a dû être enlevée ou déplacée ; 7. Considérant que l'intimé n'avait pas, au temps de l'introduction de la présente instance, acquis la prescription qu'il invoque, au susdit terrain des appelants, dont il s'est

emparé et jouit, comme susdit, et que, par conséquent, il doit le remettre aux appelants ; 8. Considérant que tous les faits ci-dessus énoncés sont constatés dans la cause ; et que, par conséquent, la Cour Supérieure en déboutant, par son jugement dont est appel, l'action des appelants, *faute de preuve*, a mal jugé. Infirme le susdit jugement.... Et cette Cour procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, ordonne que par un arpenteur ou par des arpenteurs nommés suivant le cours ordinaire de la procédure, en la dite Cour Supérieure, il sera procédé, parties présentes ou dûment appelées, à vérifier, reconnaître et rafraichir, conformément au procès-verbal et au plan susdit de l'arpenteur Guy, les bornes E et F, telles que par lui posées et par lui indiquées au susdit plan, à les reposer chacune au même endroit ainsi indiqué, si les dites bornes peuvent être trouvées, et si elles sont dans un état à servir à leur fin, sinon, ou si elles ne peuvent être trouvées, à en poser d'autres, conformément au susdit procès-verbal et plan de l'arpenteur Guy, et aux points mêmes par lui indiqués sur le susdit plan par les lettres E, F ; conformément auxquelles bornes ainsi posées, soit anciennes soit nouvelles, les parties posséderont leurs dits héritages et en jouiront à l'avenir, de laquelle opération, il sera fait par le dit arpenteur ou les dits arpenteurs, rapport à la dite Cour Supérieure au temps et de la manière qu'elle jugera à propos de prescrire, pour être par elle ensuite ordonné ce que de droit, ordonne en conséquence au dit Peter Jackson, l'intimé, de restituer et remettre aux appelants, comme faisant partie de l'héritage de ces derniers, toute telle portion de terrain ci-dessus mentionnée dont il s'est emparé et jouit à présent, comme susdit, et qui sera constaté, après l'opération ordonnée par les présentes, être du côté de l'héritage des appelants, dans les limites susdites indiquées par les anciennes ou les nouvelles bornes posées comme susdit au point E et F du dit plan de l'arpenteur Guy ; et fait défense au dit Peter Jackson d'y empiéter à l'avenir ; ordonne, quant aux dommages et fruits et revenus que les appelants, par

leur action, réclament de l'intimé, qu'il soit procédé à en constater le montant suivant le cours ordinaire de la loi et de la procédure.

H. STUART, pour les appelants.

BETHUNE et DUNKIN, pour l'intimé.

**BANC DE LA REINE, } DISTRICT DE MONTRÉAL.
EN APPEL.**

Présents :—Sir L. H. LaFontaine, Baronnet, Juge-en-Chef,
AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

FOWLER,..... *Appelant*,
et

MEIKLEHAM,..... *Intimé*.

Darling avait acheté une quantité de fer en barres des syndics de Wilson à Glasgow, une partie de ce fer fut embarqué à bord du California, duquel l'appelant était capitaine, le connaissement fut fait au nom de l'intimé, l'agent des syndics de Wilson à Montréal, sur l'arrivée du fer à cet endroit, l'intimé renvoya l'appelant, et Burns, le consignataire du vaisseau, à Darling comme propriétaire du fer ; Darling étant en possession d'un duplicata du connaissement, reçut le fer de l'appelant qui lui en fit la livraison nonobstant que l'intimé n'eût pas transporté le connaissement à Darling par endossement.

Jugé :—Que, dans l'espèce, et nonobstant le défaut de transport du connaissement à Darling par l'intimé, ce dernier n'était pas responsable du fret pour le transport du fer. Jugement de la Cour Supérieure confirmé.

Darling purchased a quantity of bar iron from Wilson's trustees in Glasgow, a part of the iron was shipped on board the California of which the appellant was master, the bill of lading was made out in the name of the respondent, the agent of Wilson's trustees at Montreal, upon the arrival of the iron at the latter place the respondent referred the appellant, and Burns the consignee of the ship, to Darling as the owner of the iron ; Darling being in possession of a duplicate of the bill of lading received the iron from the appellant who delivered it notwithstanding that the respondent had not endorsed the bill.

Held :—That under the circumstances, and notwithstanding that the respondent had not endorsed the bill of lading to Darling, he, the respondent, was not liable for the freight of the iron. Judgment of the Superior Court confirmed.

Jugement rendu le 1er juillet 1857.

Sir L. H. LaFontaine, Bt. Juge-en-Chef.—Cette action intentée suivant la forme anglaise d'une action d'*assumpsit*, a pour objet de faire payer à l'intimé le fret d'une certaine quantité de fer importée de Glasgow, en Ecosse, au port de Montréal, en l'année 1854, à bord du vaisseau le "California," dont l'appelant était le Maître ou Capitaine.

Plusieurs exceptions péremptoires suivies de la défense ordinaire au fonds en fait ont été présentées de la part du défendeur.

Voici le résumé des faits.

William Darling, qui fait commerce à Montréal et qui avait déjà acheté des syndics à la succession de John Wilson à Glasgow, a fait un nouvel achat qui est complété en 1854, et qui consiste en 80 tonneaux de fer. Dès le 7 novembre 1853, il écrit lui-même aux syndics : "You may book for me 80 tons bars for shipment in march, the specification will follow in a week or two." Plus tard, il leur fait parvenir cette spécification par l'entremise de l'intimé qui est leur agent à Montréal. La plus grande partie de ce fer est transportée sur le "California," et le reste sur le "Mary." Ce dernier navire n'arrive à Montréal que plusieurs semaines après le premier.

William Darling avait alors un frère qui résidait en Ecosse, John Darling, décédé depuis. Nous voyons par une lettre de ce dernier en date du 2 mars 1854, adressée à son frère, que celui-ci l'avait chargé d'engager le frêt de la marchandise ; il lui mande en effet par cette lettre qu'il est convenu de cet affrètement avec le nommé Thomas C. Orr, agent de navires à Glasgow, à raison de 50s. sterling le tonneau ; et même dès la veille, c'est-à-dire, le 1er mars, John Darling agissant au nom de son frère, avait écrit d'Edinbourg, à l'intimé, qui dans ce moment là se trouvait à Glasgow la note suivante : "Mr. William Meikleham will please deliver to Thomas C. Orr, esquire, or order, the iron purchased by Mr. William Darling, merchant, Montréal." Ce dernier admet lui-même, dans sa déposition, avoir chargé son frère en janvier ou février 1854, d'assurer un affrètement pour le fer en question en mars suivant.

Orr était en particulier l'agent du "California," et du "Mary," et c'est d'après ses instructions que les syndics

firent transporter le fer dont il s'agit, lequel fer était marqué aux initiales de William Darling. L'affrètement a donc été arrêté à la demande même de William Darling, l'acheteur, agissant par son frère, et non à la demande ou par l'entremise de l'intimé. Le connaissement (bill of lading) qui est en la forme ordinaire, porte : "*Shipped.... by John Wilson's trustees.... to be delivered.... at the aforesaid port of Montreal.... unto Wm. Meikleham, esquire, or to his assigns. Freight for the said goods to be paid by the consignee, as per agreement at the rate of....primage and average accustomed.*" Le consignataire apparent est bien l'intimé ; mais les initiales de l'acheteur William Darling sont en même temps apposées sur la marge du connaissement. Le prix du frêt est laissé en blanc dans ce document, cependant il y est dit qu'il sera payé suivant *convention* faite à cet égard, et nous avons vu qu'en effet ce prix avait été fixé par une convention entre Thomas C. Orr et William Darling, celui-ci agissant par l'entremise de son frère. James Burns, le consignataire du "California" à Montréal, nous dit que le prix du frêt était de 50s. "*which I found entered in the manifest as the rate of freight fixed by the parties.*" Or, ces parties, comme on le voit, étaient Orr et Darling, et non Meikleham.

Le "California" arrivé au port de Montréal, son consignataire James Burns fait dire à l'intimé de faire enlever le fer dont il s'agit. Celui-ci lui répond par la même voie, c'est-à-dire, par un message verbal, que le fer n'est pas à lui, qu'il appartient à William Darling à qui il doit être délivré ; ce qui est immédiatement fait. En recevant le *duplicata* du connaissement, l'intimé le transmet de suite à William Darling comme étant le propriétaire du fer ; et c'est ce dernier qui fait l'entrée en douane en son propre nom. Le connaissement, il est vrai, n'est pas *endossé* par l'intimé à l'ordre de Darling ; mais celui-ci n'en obtient pas moins du bâtiment la livraison des marchandises en vertu de ce même

connaissance. Aucune des parties concernées ne juge nécessaire la formalité de l'endossement et ne l'exige pas, ni le consignataire du vaisseau, James Burns, ni le capitaine, c'est-à-dire l'appelant en cette cause. Ces deux derniers consentent donc que Darling soit substitué à Meikleham, de même que si le connaissance eût été endossé. Ils étaient libres d'insister ou de ne pas insister sur cette formalité ; ils ont pris ce dernier parti, et la substitution d'une personne à l'autre doit, dans les circonstances, avoir, à leur égard, la même force que s'ils avaient exigé l'endossement. Ils ont suffisamment reconnu l'autorité de Darling de recevoir. " I sent to William Darling," dit Burns, " after receiving the said verbal order from the defendant, but before the delivery of the said iron, to take away the iron, . . . " Mr. Meikleham did not exercise any controul over the delivery of the iron that I am aware of, further than as already stated desiring it to be delivered to Mr. Darling."

La livraison a donc été faite à Darling lui même, comme étant le propriétaire et l'importateur du fer. Mais après cette livraison, il est survenu une difficulté, et c'est cette difficulté qui, motivant de la part de Darling un refus de payer le frêt, a fait naître le présent procès. Darling a prétendu qu'il n'avait pas reçu la quantité de fer à laquelle il avait droit ; que cette quantité, quoiqu'en apparence exacte quant au nombre de barres était néanmoins défectueuse sous le rapport du poids, vû que plusieurs de ces barres étaient d'une dimension moindre que celle indiquée. La maison Anderson, Evans et Cie, avait également un chargement de fer à bord du " California," et peut-être d'autres maisons de commerce en avaient-elles aussi. Il peut se faire que dans le chargement sur les quais du port, quoique fait sous la surveillance des employés de Darling, il y ait eu quelque confusion, et que le fer de l'un s'étant trouvé mélangé avec celui de l'autre, Darling n'ait réellement pas reçu tout le *poids* auquel il avait droit. Cette

question a été décidée dans une autre cause, celle des syndics contre Darling lui-même ; elle ne se présente pas de nouveau dans celle-ci. Mais elle sert à expliquer le refus de Darling de payer le frêt qu'il était obligé de payer, obligation qu'il a admise lui même tant dans sa déposition en cette cause que dans sa lettre à l'intimé du 4 septembre 1854, si, dit-il, il n'y avait pas eu dans le poids de la marchandise un *déficit* qui couvre le montant du frêt. Mais ce n'est pas là la question dont il s'agit. Celle qui a été présentée à la décision des Juges de première instance, et qui a été par eux décidée dans la négative, est celle de savoir si, dans les circonstances qui viennent d'être exposées, le maître du navire a contre l'intimé un droit d'action pour le paiement du frêt acquis par ce navire. Sur cette question, je partage l'opinion de la Cour de première instance. Il a été cité de part et d'autre plusieurs autorités tirées des livres du droit anglais. Je les ai toutes vérifiées, et je trouve que celle qui présentent le plus d'analogie avec la présente espèce, me paraissent militer contre les prétentions de l'appelant. "It is the delivery and acceptance that constitutes the liability to pay the freight of goods," disait le juge-en-chef Mansfield dans la cause de Seggart vs. Scott. (1) "The party who receives the goods from a ship under a Bill of Lading, becomes the party to its stipulations respecting freight, and the ship must look to him, and not to the original consignee who has assigned the bill of lading to him." (2)

Au port de débarquement, la marchandise n'est pas livrée à Meikleham, l'intimé, mais bien à Darling à qui le Capitaine savait, ou doit être censé avoir su, qu'elle appartenait ; car, en attestant par le connaissement que le frêt devait être payé *suiivant convention*, il déclarait connaître cette convention et les parties qui l'avaient faite ; or ces parties étaient Darling et Orr agissant pour le navire, et non Meikleham.

(1) 6. Espinasse, p. 23.

(2) Digest of New-York Reports, vbo. Freight, p. 1261, No. 21.

Il n'y a donc pas eu de contrat, entre celui-ci et l'appelant. Et lorsque Burns, le consignataire du vaisseau, fait dire à Darling qui a entre ses mains un duplicata du connaissement, d'avoir à enlever le fer, et que sur la présentation de ce connaissement, dont l'autre duplicata doit être entre les mains du capitaine, celui-ci lui délivre la marchandise sans aucune objection, tous deux, Burns et l'appelant, doivent être censés reconnaître Darling comme porteur du connaissement pour son propre profit, et par conséquent consignataire de Meikleham ; ils doivent être censés renoncer à la formalité de l'endossement, autrement ils, auraient dû objecter à livrer le fer à Darling. (1) Celui-ci a prétendu que l'affrètement qu'il avait fait arrêter par son frère, était un affrètement qui devait être opéré à Glasgow au mois de Mars, et que cet affrètement n'ayant pas eu lieu à cette époque par la faute des syndics de Wilson qui n'étaient pas prêts alors à faire embarquer le fer sur un navire destiné à cette fin par le dit Thomas C. Orr, il ne s'attendait plus à recevoir la marchandise, et était délié de tout engagement antérieur ; et il a été dit de la part de Darling que, dans ces circonstances, l'envoi qui plus tard a été fait du fer par les syndics, devait être censé avoir été fait pour leur propre compte aux soins de leur agent à Montréal, et que lui, Darling, devait être censé l'avoir ensuite acheté de cet agent, le consignataire, sur le marché de Montréal. Cette prétention n'est pas soutenable, même en fait. D'abord, Darling n'a en aucune manière objecté à recevoir le fer comme étant celui qu'il avait directement acheté des syndics à Glasgow, et il l'a reçu au prix de Glasgow. Non seulement il a ainsi reçu la partie transportée sur le "California" ; mais il a encore reçu de même plus tard celle qui a été transportée sur le "Mary," et qui complétait le montant de l'achat ; cette dernière partie consignée directement à lui-même, et le frêt acquitté par lui, Il n'y a pas l'ombre de preuve qu'il

(1) "The property of goods, for which the master of a ship has given bills of lading, may be transferred by delivery, without endorsing the bill of lading, and such transfer will be good against all the world, except an indorsee of the bill of lading for a valuable consideration." Long, on sales No. 175.

ait acheté ce fer de l'intimé, soit avant, soit après l'arrivée du "California" au port de Montréal. Mais cela même fut-il le cas, il n'en serait pas moins obligé d'en payer le frêt; "In a case where a consignee, known as such to the master, sells the goods before they are landed, and the buyer receives them, and enters them in his own name at the Custom-House, the buyer becomes liable for the freight."

Enfin dans les circonstances de la cause, tout démontre que la bonne foi parle hautement en faveur de la décharge de l'intimé; et donner gain de cause à l'appelant me semblerait avoir pour résultat de faire obtenir indirectement à Darling, à l'encontre des syndics de Wilson, ce qu'il n'a pu obtenir directement contre eux dans une instance tout récemment décidée devant cette Cour.

Par le jugement en appel, il est dit que le jugement est confirmé "considering that in the judgment appealed from there is no error. (1)

Cross et BANCROFT, pour l'appelant.

POPHAM, pour l'intimé,

(1) Le jugement dont est appel, rendu par Day, Smith et Mondelet, Juges, est comme suit: "The Court, etc., considering that the plaintiff hath failed to establish by evidence the material allegations of his declaration, and more especially that the goods and merchandise in the said declaration mentioned, were, at any time delivered to the defendant; and that it appears that the said goods and merchandise, or a portion thereof, were delivered to one William Darling, to whom the Bill of Lading had been transferred by delivery by the defendant, and that by reason thereof, and in the absence of all undertaking and privity of contract between the plaintiff and defendant, he, the defendant, cannot, by law, be held liable to pay the sum of money demanded for the freight and transportation of the said goods and merchandise, doth dismiss the action of the plaintiff with costs.

No. 1187. { THE UNION BUILDING SOCIETY,..... *Plaintiffs.*
 { vs.
 { RUSSELL,..... *Defendant.*
 { and
 { GODDARD, et al *Opposants.*

40. Que par l'effet legal du contrat entre le vendeur et l'acquéreur, ce dernier, le défendeur, n'avait qu'une possession précaire du meuble, et seulement comme locataire, et que les vendeurs, opposants, ne pouvaient être privés de leurs droits de propriété que par le paiement du prix.

The plaintiffs sued the defendant in February, 1856, for his loan, and obtained judgment against him, and in the following June seized all his real estate by execution *de terris*.

By a notarial contract executed on the 26th January 1855, between the defendant and opposants, machinists at Worcester in Massachusetts, the opposants engaged to construct and deliver to the defendant, on or before the 1st May then next, on the cars at Worcester, a cylinder machine and detailed machinery for the purpose of a paper mill, for £750, payable at the periods stipulated, part in cash and part by notes at the times the parties should agree upon, the last payment however to mature in October 1855 ; but it was specially and expressly stipulated " that the defendant should put up the machine as a *moveable chattel, to be used by him as a tenant only*, the property to remain in the opposants until three months after non payment of the last note, when, if not paid, the machine should be peaceably and without process of law delivered to the opposants to be then sold, and after payment of the price due and expenses, the balance should go to the defendant ; and that the machine should become the property of defendant only after payment of the price, until which time he should have possession only as lessee : " he also bound himself to effect insurance upon it, and to assign the policy to the opposants for their security.

The machine was cast or made in distinct portions for facility of carriage and erection, and in due time set up in the mill on an iron frame placed on the floor, on which it was steadied by screws passing into the floor, but without clinching nuts : it was worked by steam from the engine already erected upon the premises, passing through a pipe screwed to and easily separated from the machine, which itself was susceptible of easy removal from one part of the building to another, and even out of it, without any injury to itself or to the building.

The plaintiffs were mortgagees anterior to the location of the machine in the building, as appears by the dates above mentioned, respectively. Upon this statement of facts the questions arise ;—did the location of the machine in the defendant's building, *ipso facto*, affect or change the contrac-

tual relation between the defendant and the opposants? or did it subject the machine as a portion of the realty to the operation of the plaintiffs' mortgage?

The original mobiliary character of the machine does not appear to have been changed or transformed, but continued as susceptible of removal as at first, and had it been removed out of the building, would have left the latter as conveniently applicable for other manufacturing purposes as before the reception of the machine: it appears of record that the price has not been paid, and that the contract itself remains in force between the parties to it. It is upon the contractual covenants and conditions, and the unchanged mobiliary character of the machine that the opposants claim, as unpaid vendors, whilst the plaintiffs maintain the transformation of the *meuble* sold into *un immeuble* by the operation of law, and by the force of the provisions of the 90th. art. of the Custom.

The subsistence of the contract necessarily involves the principle of privilege invoked by the opposants, as unpaid vendors of the machine, and upon this point as well as upon the others involved in the contestation, citations have been given *in extenso*, because that contestation rests upon authority mainly, and that, as well as the reasons in support of the judgment, are fully explained and require no comment in the citations as to the privilege invoked.

It must be observed, *in limine*, that the privilege of the unpaid vendor, subject however to certain restrictions, is generally maintained as a recognized legal principle by authorities ancient and modern, and as such attaching to the *meuble* itself. Trop. long Priv. et Hyp. No 23, observes: "En France les privilèges de créance sont considérés sous un point de vue bien différents dans leurs rapports avec les hypothèques. Ils prennent par conséquent les hypothèques parcequ'ils réunissent la double prérogative d'être imprimés sur la chose, comme hypothèque, et de plus de puiser dans leur cause originelle une

faveur qui manque à ce dernier droit." The same author remarks, that French Jurisprudence with difficulty relieved itself from the contrary doctrine of the Roman law prevailing in Loiseau's time. " Néanmoins le système de la réalité prévalait de jour en jour, et il finit par devenir général et non contesté. Il en arriva que tous les privilèges furent assimilés aux hypothèques privilégiées des Romains." He then cites Basnage des Hyp. ch. 14.—Rep. de Jurisp. vo. Subrogation de personne p. 28, in support of his doctrine. The same principle is extended by Troplong in his Nos. 24, 25, et seq. : and Nos. 85, 86 of the same volume, and he thus concludes his No. 24, " quoiqu'il en soit, il est certain que le privilège avait toute préférence sur l'hypothèque."—Merlin Rép. de Jurisp. vo. Subrogation de pers. p. 458, sect. 281, instances Troplong's doctrine and thus concludes " tous les privilèges que nos mœurs admettent sont réels et forment des espèces d'hypothèques tacites qui ont la préférence sur toutes les autres " etc.

Without multiplying citations upon the existence of this recognized principle, the question now arises, do these unpaid vendors come legally within its protective advantages? This point appears to be settled by the provisions of the 176 and 177 arts. of the Custom, and by the general support of jurists and commentators : 2 Pigeau Proc. Civ. p. 683, " Le vendeur a un privilège sur la chose qu'il a vendue etc., quand les lois Romaines et l'art. 177 de la Coutume ne dicteraient pas cette décision, l'équité suffirait pour la faire prononcer." p. 681. " Le privilège est le droit qu'a un créancier par la faveur de la cause de sa créance d'être payé avant les autres." He asserts. " Le privilège est de deux sortes ; le réel et le personnel. Le privilège réel est celui qui n'a lieu que sur la chose, *res*, particulière appartenante au débiteur, par une raison de faveur qui se tire de cette chose même, mais qui ne peut être appliqué aux autres biens : par exemple, celui qui a vendu un meuble sans en recevoir le prix, a un privilège sur celui qui provient de la vente

qui en est faite, parceque s'il ne l'avait pas vendu les autres créanciers auraient cet objet de moins, cette raison ne pouvait pas se dire des autres biens du débiteur, il n'a dessus pas plus de droits que les autres créanciers." Merlin in his Rep. vo. Privilège de Créance, p. 230, assimilates this privilege to the *Hypothèque privilégiée* : as a right accessory to the *créance* of the *créancier*, and as attaching, *comme droit réel*, to the moveable and to the proceeds of its sale : these advantages he states are common to both *Hypothèques et privilèges*, but the latter " obtient la préférence sur toutes les créances hypothécaires, lors même que le titre serait postérieur en date." The author thus proceeds " celui en effet qui a vendu et livré un meuble, n'en a plus la détention ; mais le paiement du prix étant une condition substantielle du contrat, la chose vendue est une espèce de gage, que l'acheteur ne détient en quelque sorte qu'à titre précaire jusqu'à ce qu'il ait accompli son obligation principale qui est de payer le prix." See also. 2, Gr. Com. de Ferrières art. 176 p. 1321, Nos. 5, 6, 9, and 1 Troplong, Priv. et Hyp. Nos. 49, 58, who hold the same principle upon the ground of the property continuing in the unpaid vendor until the payment of the price : Troplong remarks, " tant que le prix n'est pas payé l'aliénation n'est pas parfaite."

The privilege of the unpaid vendor subsists however only as long as the *meuble* retains its original form, and remains in the possession of the original vendee. Troplong, at No. 196, observes, " la 5ème condition est que la chose existe dans les mains de l'acheteur dans le même état," and at No. 100, " le privilège ne peut être exercé sur un meuble qu'autant que le débiteur l'occupe par la possession, s'il l'aliène, le privilège est considéré comme n'existant plus." See also. Ferrière, 2 vol. Gr. Com. p. 1326, Nos. 19, 34. Both of these requirements must co-exist to give effect to the privilege, and both do exist concurrently in the opposants' claim.

But the plaintiffs declare that the first has been neutralized and rendered nugatory by the destination of law,

namely : by the legal conversion of the *meuble*, the machine, into an *immeuble*, the building into which it was introduced. This point is disposed of by Troplong, Priv. et Hyp. No. 113 as follows ; he assumes the subsistence of the privilege of the unpaid vendor so long as the *meuble* has not been actually transformed, and thus proceeds to comment upon the other principle of the destination of law, " or, on ne peut admettre que l'acheteur en imprimant à cette chose une qualité purement métaphysique, et en changeant sa destination pour sa propre commodité, ait pu altérer les droits précis et intimes du vendeur, et lui soustraire son gage : il n'était en son pouvoir de donner aux choses vendues qu'une destination imparfaite et subordonnée aux droits du vendeur : il en est autrement lorsque l'acquéreur a changé l'espèce de la chose, et qu'au moyen de cette transformation la chose livrée a cessé d'être ce qu'elle était. On conçoit alors que la perte du privilège est fondée sur la perte de la chose elle-même, mais dans l'hypothèse qui m'occupe la chose subsiste dans toutes ses parties telle qu'elle existait primitivement. Il n'y a qu'un changement dans sa destination, or, ce changement n'affectant que la qualité morale de la chose est bien différent du changement résultant de la conversion d'une espèce dans une autre, et ne semble pas devoir produire les mêmes effets." The same author in his *Traité de la Vente* p. 532, supporting the same principle, sums up the discussion as follows, " car d'une part la chose n'a pas changé de mains, et le droit de suite ne va pas au-delà de la possession telle qu'elle a été fixée entre les parties contractantes ; de l'autre, la chose vendue subsiste matériellement dans la même forme et avec les mêmes élémens qu'à l'époque de la vente. Elle est ce qu'elle était : il n'y a de changé que la destination, que la qualité morale, et cette mutation n'est pas de celles que l'on peut assimiler à la perte de la chose." at p. 538 he adds " qu'une modification dans la qualité morale de la chose n'opère pas une de ces transformations qui font évanouir le droit dans cette chose." He calls this a victorious answer to

mortgagees posterior to the alleged "*immobilisation par destination*," whilst he declares that anterior mortgagees have no pretence whatever of a claim. 1 Chavot, *Propriété Mobiliaire*, No. 32, observes : " Il n'entre pas dans notre plan de dire quels sont les objets que l'on doit considérer comme immeubles par destination, mais bien plutôt de faire ressortir les motifs qui empêchent de considérer comme tels certains objets placés dans des circonstances à peu près semblables : En effet nous venons de dire que les immeubles par destination ne sont que le résultat d'une pure fiction créée par la volonté du législateur, guidée par l'intérêt général, et s'il ne faut pas borner la classe de ces immeubles aux termes textuels de la loi, il faut au moins ne pas en heurter les termes et dépasser l'esprit. C'est ainsi que le cheptel donné aux autres est meuble etc. On doit accorder la même faculté aux propriétaires d'une usine, quant aux ustenciles nécessaires à son roulement etc. Mais cette faculté, réservée au propriétaire, n'ôte pas aux objets leur qualité de meubles, et les créanciers ou les légataires des meubles ont droit de toucher leur valeur." It is almost unnecessary to remark here, that to produce this effect of *immobilisation par destination* by the proprietor, it is essential, as Chavot says, " qu'il fût propriétaire à la fois de l'immeuble et de l'objet consacré à l'usage de l'immeuble : mais dans le cas que le propriétaire de ces objets prouverait que le propriétaire de l'immeuble les a employés, sachant qu'ils ne lui appartaient pas, le propriétaire des objets pourrait les enlever, lors même qu'ils seraient scellés à plâtre ou à chaux, ou à ciment, ou que leur enlèvement détériorerait la partie de l'immeuble auquel ils sont attachés sans être obligé de la restaurer : car celui qui les a employés ne doit imputer ces dommages qu'à sa mauvaise foi. Et s'il a espéré que ces objets lui resteraient, la loi ne peut consacrer cette espérance : décider autrement, dans cette circonstance, ce serait encourager la malveillance au détriment du droit de la propriété."

It is not too much to hold in this case that the defendant has, under the covenant of the contract, no absolute property in the machine, and that even his possession is only that of the opposants until their full payment. "La possession d'un meuble peut être conservée par le moyen d'un mandataire à qui on la confie, et ce n'est pas seulement dans le cas d'une possession matérielle que le privilège existe, mais encore dans le cas où le débiteur conserve la possession vulgairement appelée civile : *quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus nos possidere videmur.*" L. 9. D. de acq : poss. — The principle of destination is inapplicable here, because, though the defendant had property in the mill, he had none whatever in the machine until payment of the price, a stipulation which the opposants had full liberty to make under the old rule stated by Guy-Pape, "Le vendeur met à la vente la loi qu'il veut," *Denique in emptione venditione leges omnes, sive pactiones a venditore dicuntur, tanquam domino rei, quæ post perfectam venditionem in ejus dominio manet, ante traditionem ; imo et post traditionem, si non pretium solvitur aut satis eo nomine factus sit.* Cujas. L'arrêt des Chartreuse du 4 Dec. 1668, employé dans l'article précédent appuie ces vérités." Note (a) Guy-Pape, Jurisp. 233 art. 7.

Modern French Jurisprudence affords the assistance of its judicial decisions in sustaining the pretensions of the opposants. By arrêt of 11th Jan. 1812, Bruxelles, confirmed in appeal by arrêt of 24th May 1832, Ghent, it was held, "spécialement, le vendeur est privilégié sur le prix d'une mécanique vendue et non payée qui se trouve dans les biens du failli, et l'immobilisation par destination des meubles vendus, n'est pas un obstacle à l'exercice du privilège du vendeur." So arrêt of 1er Août. 1837, Caen. "Et d'autre part, au contraire, le privilège du vendeur d'effets mobiliers, machines et métiers non payés, continue d'exister, même après que ces objets sont

devenus immeubles par destination." Also arrêt of 19 mai 1833, Bruxelles. "Et pareillement l'immobilisation d'un objet mobilier vendu n'est pas un obstacle à l'exercice du privilège du vendeur non payé, lorsque cet objet qui se trouve en la possession du débiteur n'a pas changé de forme, et peut, sans subir de nouveaux changements, recouvrer sa nature primitive." The seemingly opposing arrêts of 19 Juillet 1828, Rouen, and 22 Janv. 1833, Colmar, as also that of 18 Févr. 1833, deny the privilege in their special cases, the first being the case of an actual incorporation of the *meuble* which was not separable, *sans détérioration des objets et de la propriété* : the second was for portions of cotton looms actually incorporated into the mill, and the third was for silk machines put up with the mill as it was being erected, and becoming, not only, *immeuble par destination*, but actually *par incorporation* : so also other arrêts which apply to articles of *serrurie*, bolts, locks etc., and portions added to existing machinery, which could not act or work without them, nor be separated from the *usine*. These seemingly adverse arrêts, and the dictum of Chavot No 522, that "l'objet mobilier qui s'incorpore à un immeuble, ne fait plus avec cet immeuble qu'un seul et même corps, il participe alors nécessairement de sa nature," in fact sustain the opposants' pretensions, and the distinction explicitly and clearly laid down as law by Ferrière, 1 vol. Gr. Com, p. 1346 ; after citation of several texts of Roman law, he says, "desquelles j'estime que l'on peut tirer cette maxime générale qui résout notre question : que si les choses dont nous parlons font comme partie de la maison, qu'elles composent sa substance, et soient en quelque façon nécessaires pour sa conservation, et comme dit fort bien l'une de ces lois, *si pars ædium vel propter ædes habeantur*, en ces cas elles doivent passer pour immeubles, autrement elles conserveront toujours leur qualité de meubles, puisqu'il ne se rencontre aucune nécessité de leur faire changer leur nature qui est de soi mobilière." Again in 1 Ferrières *petit* Com. art. 90, p. 177, "les meubles prennent quelque fois la nature et la qualité d'immeubles etc., savoir, par incor-

poration et union à l'immeuble, en sorte qu'on ne l'en puisse séparer sans détérioration, comme les choses qui sont attachées à fer et à clous dans un mur etc., etc., au contraire, tout ce qui se peut emporter sans détérioration, et qui n'est point attaché à fer et à clous, ou scellé en plâtre, est réputé meuble." So in his 1 Gr. Com. art. 90, p. 1352, Nos. 12, 13, although he declares *pressoirs édifiés dans les maisons* to be *immeubles*, yet he denies the position assumed by Duplessis, who says, "que quoiqu'un pressoir ne soit point attaché au fond, il suffit qu'il ne se puisse transporter sans être dépecé et desassemblé pour être immeuble" etc., "ce sentiment," Ferrière déclare, "est contraire à celui des commentateurs, et répugne aux termes de cet article." So also Pothier, *Traité des choses*, p. 642, says that in manufacturing buildings, such as sugar refineries, "les cuves et les chaudières qui sont enfoncées en terre, scellées etc., me paraissent devoir faire partie du bâtiment." etc. He proceeds "Les metiers de passementiers ont été jugés meubles, aussi bien que les presses d'imprimerie." And a judgment is cited by Brodeau, Mornac and Ferrière, in which a bell-founder having revendicated a sett of bells which had been *bénits*, and set up in the belfry of the church; the Court below dismissed the revendication and the demand, upon the ground that the bells were no longer "*en commerce, et partant* que la revendication n'avait pas lieu" but the appeal to the Parl. of Paris obtained a reversal of this judgment, and authorized the removal of the bells unless payment was made within a fixed period. The printing presses *arrêt* is also generally cited as uncontradicted law, and applying its decision to the immense presses of the present day, worked also by steam, and which require to be taken to pieces for transport and carriage from place to place, it is not easy to distinguish the difference between such machines and that in question in this cause.

Upon the whole, therefore, under the express covenants of the contract between the opposants and defendant, and

agreeably to the authority of law, we hold this machine to be *meuble*, subject to the opposant's privilege for the payment of such amount as may be found due upon it : but our judgment is in the alternative, as suggested by Lacombe, Rec. de Jurisp. Vbo. Vente, p. 372, and the authorities cited by him, namely, *arrêt* 1581, Louet, p. 19, and Brodeau sur art. 177 No 7, and by Ferrière, 2 vol. Gr. Com. p. 1359 No 4, maintaining the opposition *afin de distraire* of the opposants, " si mieux n'aiment les autres créanciers les assurer de leur dû." The contestation is thereupon rejected with costs. (1)

(1) The parties adopted the suggestion of the Court and have given security to the opposants, to the effect that they shall be paid after the sale of the realty as it exists.

ALLEYN, of Counsel, for plaintiffs.

PARKIN, for opposants.

BANC DE LA REINE. } DISTRICT DE MONTREAL.
 EN APPEL.

Présents, Sir L. H. LAFontaine, Baronnet, Juge-en-Chef,
 AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

RYAN,..... *Appelant.*

et

IDLER,..... *Intimé.*

Jugé :—Qu'un acheteur qui a obtenu jugement contre un vendeur en diminution du prix de vente pour défaut de contenance, peut diriger une demande en déclaration de jugement commun contre un cessionnaire d'une balance du prix de vente, qui lui aurait signifié son transport.

Held :—That a purchaser who has obtained a judgment against his vendor reducing the amount of the price of sale by reason of a *défaut de contenance*, may bring an action *en déclaration de jugement commun* against an assignee of the balance of the price of sale, who has given notification of his assignment.

Jugement rendu le 1er Octobre, 1857.

SIR L. H. LAFontaine, Bt. Juge-en-Chef :—Le 24 aout, 1847, le nommé Prendergast vend un immeuble à l'appelant pour le prix de £800, dont la balance, formant £500, fut transportée par le vendeur à l'intimé, le 17 novembre suivant, et ce transport signifié à l'appelant.

Plus tard, l'appelant découvrant un défaut de contenance, dirige contre Prendergast une action en diminution du prix, et en dommages-intérêts, sur laquelle action intervient, le 15 janvier, 1856, un jugement de la Cour Supérieure, à Montréal, qui constate qu'en effet il y avait un déficit de 7 arpents et 80 perches, et qui, en conséquence, condamne Prendergast à payer à l'appelant, à défaut de mettre celui-ci, sous 15 jours, en possession de tout le terrain déclaré au contrat, une somme de £125 16 6, savoir, £85 16 6 pour la valeur du déficit, et £40 pour dommages-intérêts, avec les dépens de l'action. Le jugement déclare en même temps que la susdite somme de £85 16 6 sera déduite de la somme qui pouvait alors être due à Prendergast sur le prix de vente.

Aujourd'hui, l'appelant se pourvoit contre l'intimé par la voie d'une action qui est de la nature d'une "demande en déclaration de jugement commun," et à laquelle l'intimé oppose une *défense au fonds en droit*. Les raisons assignées à l'appui de cette défense, quoique s'élevant au nombre de douze, peuvent néanmoins se résumer ainsi : qu'aux termes de sa déclaration, l'appelant ne fait pas apparaître qu'il ait réellement un droit d'action contre l'intimé, principalement parce qu'il n'y est pas allégué que ce dernier ait été partie dans l'instance contre Prendergast.

Cette *défense en droit* a été accueillie par la majorité des juges de la Cour Supérieure, et l'appelant a été débouté de son action ; "Considering," est-il dit dans le jugement, "that the plaintiff hath not by reason of the allegations in his declaration in this cause, and by law, any right to implead the defendant, for the purpose of causing the judgment therein set forth to be declared obligatory against him, inasmuch as the said judgment hath not, and cannot by law, have the character or effect of a judgment rendered against the defendant, the *cessionnaire* and representative, *à titre singulier*, of Edward Prendergast."

C'est justement pour la raison donnée dans ce jugement, savoir, que le jugement prononcé contre Prendergast seul, n'a pas l'effet d'un jugement rendu contre l'intimé, que l'appelant a eu recours à la présente action. Le but de la procédure actuelle est de donner effet à ce jugement, en autant que l'intimé peut en subir l'exécution par contre-coup. L'appelant ne prétend pas que la condamnation contre Prendergast comporte, par elle-même, *chose jugée* contre l'intimé, de telle sorte que celui-ci, sans mot dire, doive souffrir qu'elle soit exécutée à son préjudice, sans avoir l'occasion de faire valoir, contre la présente demande, tous les moyens, toutes les exceptions, qu'il aurait pu lui-même valablement invoquer contre la première action, s'il fut intervenu, soit volontairement, soit forcément, dans l'instance à laquelle a donné lieu cette action. Non, mais ce qu'il

prétend, c'est que l'intimé, étant devenu, comme cessionnaire de Prendergast, le créancier de la balance du prix de vente en question, est lié, vis-à-vis de lui, l'appelant, par suite des mêmes causes d'action qui ont amené la condamnation contre Prendergast, à ce point, qu'il doit être tenu de subir, sur la somme qui lui a été cédée, la diminution du prix dont il s'agit.

L'appelant admet bien que, jusqu'à présent, en ce qui regarde le cessionnaire, le jugement du 15 janvier, 1856, qui adjuge en sa faveur cette diminution du prix, est *res inter alios judicata* ; mais il dit à ce cessionnaire, l'intimé : " cette condamnation procède valablement contre votre cédant ; lorsque je la poursuivais contre celui-ci, j'avais le droit de la faire prononcer également contre vous, si je vous eusse fait intervenir dans l'instance, ce que j'aurais pu faire. Mais ce que je n'ai point fait alors, j'ai le droit de le faire aujourd'hui, en dirigeant contre vous une demande *en déclaration de jugement commun*."

On ne peut nier que le défaut de contenance donne lieu à une diminution du prix de vente, diminution que l'on peut demander, soit par action, soit par exception. L'origine de cette demande remonte au contrat de vente. C'est dans la garantie à laquelle est tenu le vendeur, résultant de son obligation de livrer à l'acheteur toute la chose vendue que le droit d'action en désistement ou diminution du prix prend sa source. Si Prendergast, au lieu de faire cession à l'intimé, eût lui-même poursuivi l'appelant au paiement de la somme cédée, nul doute que ce dernier n'eût eu le droit de lui opposer, par exception, le déficit dans la contenance déclarée au contrat.

Or, c'est un principe incontestable que le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant, à moins que par un acte de sa part, il n'y eût renoncé, expressément, ou tacitement, au profit du premier. Une exception assez ordinaire en pareil cas,

est celle qui résulte de la compensation. " Comme le cessionnaire," dit Pothier, (traité sur le contrat de vente, no. 558), " même après la signification du transport, n'est que " mandataire, quoique *in rem suam*, du cédant, en la per-
" sonne de qui, dans la vérité, réside la créance, le dé-
" biteur peut opposer au cessionnaire la compensation
" de tout ce que lui devait le cédant avant la signification
" du transport."

La diminution de prix qui peut être demandée à raison du défaut de contenance, est une dette dont le vendeur est passible dès l'origine, dès le moment de la vente même. Elle constitue donc, au profit de l'acheteur, une créance à l'encontre de son vendeur, lorsque celui-ci lui demande le prix convenu de la vente. Ou bien, il peut lui dire, lorsqu'il y a déficit dans la contenance : Je ne vous dois pas, et ne vous ai jamais dû, *pro tanto*, il n'est rien dû au vendeur, il n'est, de même, rien dû au cessionnaire. Car celui-ci ne peut pas avoir plus de droit contre l'acheteur que n'en avait le vendeur. Par contre-coup, l'action ou l'exception en désistement ou diminution du prix de vente, qui atteint le vendeur cédant, doit atteindre le cessionnaire.

Celui-ci, devenu propriétaire ou créancier du prix de vente, ayant, comme tel, des droits à exercer contre l'acheteur, a donc un intérêt réel dans la contestation qui peut surgir, entre cet acheteur et son vendeur, à l'occasion du défaut de contenance. Cet intérêt suffit pour qu'à sa propre demande il soit admis à intervenir dans l'instance engagée par l'acheteur avec le vendeur, et cela, pour contester les prétentions de cet acheteur, son débiteur, en conséquence de la signification de son transport. Pour la même raison, le débiteur qui est exposé à l'action du cessionnaire en paiement du prix de vente cédé, a intérêt de le faire intervenir dans une instance qu'il engage avec le cédant, en désistement ou diminution du prix de vente, afin que le différend, qui donne lieu à la contestation, soit jugé avec le cessionnaire en même temps qu'avec le cédant, puisque la

condamnation contre ce dernier doit nécessairement rétroagir contre le premier. L'appelant pouvait donc mettre le cessionnaire en cause dans la première instance afin que le jugement qu'il devait obtenir fût *commun* et au cédant et au cessionnaire. Ce droit qu'il n'a pas jugé à propos d'exercer alors, la loi lui permet de l'exercer aujourd'hui par une "demande en déclaration de jugement commun," sauf à subir l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges quant aux dépens, lorsque, sans nécessité, on multiplie les actions.

La "demande en déclaration de jugement commun" est bien connue dans notre droit ; et, bien que le nouveau code français ne prescrive rien à cet égard, elle n'en continue pas moins d'être reconnue et exercée en France. Bioche, Dict. de proc. au mot *Jugement commun*, dit :

No. 1. "Le code ne parle dans aucun article de l'action en déclaration du jugement commun ; mais elle est fondée sur la nature même des choses, et admise par la jurisprudence.

No. 2. "Il y a lieu d'assigner un tiers en déclaration de jugement commun, toutes les fois qu'il a un intérêt semblable et identique à celui d'une autre partie, et qu'il pourrait former tierce opposition au jugement rendu contre cette partie.

No. 3. "La demande en déclaration de jugement commun peut avoir lieu par rapport à un jugement à intervenir, ou par rapport à un jugement rendu.

No. 4. "Dans le premier cas, elle a pour objet de contraindre le tiers à intervenir dans l'instance pendante entre deux ou plusieurs personnes, afin que le jugement étant rendu contre lui, il ne puisse plus dans la suite l'attaquer par la voie de la tierce opposition. Elle prend le nom d'intervention forcée.

No. 5. "Dans le second cas, elle a pour objet de faire prononcer qu'un jugement rendu entre deux personnes

“ aura effet contre un tiers, de même que si ce tiers y avait été partie.”

Enfin, tous les énoncés de la déclaration du demandeur faisant apparaître, à mon avis, d'un droit d'action qu'on ne saurait méconnaître, et étant *suffisants*, s'ils sont prouvés, pour justifier les conclusions prises par l'appelant “ en déclaration de jugement commun,” je ne peux pas concourir dans le jugement de la Cour de première instance qui maintient la *défense au fonds en droit*.

Jugement.—La Cour, etc. 1. Considérant qu'il est allégué dans la déclaration du demandeur (appelant), que le 24 août 1847, le nommé Prendergast a vendu à l'appelant l'immeuble dont il s'agit, pour le prix et somme de £800, courant; que le 17 novembre suivant, la balance de ce prix formant alors £500, dit cours, a été transportée par le vendeur à l'intimé, et le transport signifié à l'appelant; que plus tard, ce dernier découvrait un défaut de contenance a dirigé contre le dit Prendergast une action en désistement ou diminution du prix de vente et en dommages-intérêts; que sur cette action il est intervenu, le 15 janvier, 1856, un jugement de la Cour Supérieure, à Montréal, qui déclare qu'il y avait un déficit de sept arpents et quatre vingt perches, et qui, en conséquence, condamne Prendergast à payer à l'appelant, les sommes de deniers portées au dit jugement, et ce à raison du dit déficit :—2. Considérant que la diminution de prix, qui peut être demandé à raison du défaut de contenance, est une dette dont le vendeur était passible dès le moment de la vente; et qu'elle constitue, au profit de l'acheteur, une créance qu'il peut faire valoir; que l'action, ou l'exception, en désistement ou diminution du prix de vente qui, en pareil cas, atteint le vendeur cédant, doit en même temps atteindre son cessionnaire;—3. Considérant que dans une instance engagée avec le vendeur cédant, en désistement ou diminution de prix, comme susdit, l'acheteur a le droit de faire intervenir le cessionnaire, afin que le différend soit jugé avec celui-ci en même temps qu'avec son cédant, puis que la condamnation contre l'un doit

nécessairement rétroagir contre l'autre ;—4. Considérant, par conséquent, que l'appelant pouvait, dans la première instance introduite par lui contre Pendergast, mettre en cause l'intimé, afin que le jugement qu'il devait obtenir fut *commun* et au cédant et au cessionnaire ;—5. Considérant que ce droit qu'il n'a pas jugé à propos d'exercer alors, la loi lui permet de l'exercer aujourd'hui par une "demande en déclaration de jugement commun," laquelle demande étant celle qui est formée par la présente action, est une demande bien fondée et procède valablement contre l'intimé :—6. Considérant, par conséquent, que la *défense au fonds en droit*, qui a pour objet de nier la validité d'une telle demande est mal fondée, et que, par le jugement qui a accueilli cette défense et débouté l'appelant de son action, il y a eu mal jugé :—Infirme le susdit jugement... et déboute la dite *défense au fonds en droit* avec dépens, etc.

ROBERTSON, A. et G. pour l'appelant.

MONK et MACRAE, pour l'intimé.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before :—BOWEN, Chief-Justice, MEREDITH and MORIN, Justices.

No. 357. { J..... *et al*,..... *Plaintiffs*.
vs.
R....., ... *Defendant*.

Held :—That a widow, guilty of unchastity during the first year of her widowhood, is liable to be deprived of her dower, but a judgment to that effect as to the rents, issues and profits, will be prospective only.

Jugé :—Qu'une veuve, coupable d'incestuosité pendant la première année de sa viduité, peut être privée de son douaire, mais un jugement à cet effet, en autant qu'il s'agit des fruits et revenus de tel douaire, n'aura pas un effet rétroactif.

Judgment rendered the 9th February, 1857.

The action of the plaintiffs had for its object to claim the issues and profits of certain immoveables subject to the dower of C. A. J., a widow.

The action was brought by the widow and her second husband against the heir and representative of her first hus-

band, the defendant, then in possession of certain immoveable property subject to the dower in question.

To this action the defendant pleaded that the said C. A. J., had forfeited her right to any dower by reason of her unchastity during the first year of her widowhood.

To this plea the plaintiffs demurred, and, after a hearing, the plea of the defendant was dismissed upon the ground that the allegations were insufficient, inasmuch as it was not alleged that the arrears claimed or any part thereof had accrued and become due since the alleged guilt of the said C. A. J., and upon the ground that the forfeiture could only be prospective, and could not apply to the arrears accrued before such forfeiture was demanded.

MEREDITH, Justice.—It is certain as a general rule that a widow who is guilty of unchastity during the first year of her widowhood, thereby renders herself liable to be deprived of her dower. (1) This general rule is not denied in the present case ; but it is contended that as the widow, before any charge made against her, was lawfully married to the person with whom, it is alleged, she committed fornication, that her past conduct cannot now be investigated. No certain jurisprudence appears to have existed in France on this point, and the different cases which came before the tribunals there seem to have been determined rather with reference to the particular circumstances of each case, than according to any established rule of law. I have seen only eight *Arrêts* bearing upon the particular point now under consideration ; and they are all, excepting two, collected in the 6th. vol. of Guyot's *Répertoire* pp. 326 and 327, to which our attention was drawn by the learned counsel for the plaintiffs. (2)

Two of these *Arrêts* (3) were pronounced by the *Parle-*

(1) Pothier, *Douaire*, no. 258 :—Renusson, p. 261 :—Lebrun, *Successions*, p. 311 :—Nouveau *Denisart*, vbo. *Douaire* :—Lacombe, vbo. *Douaire*, p. 246 :—Merlin *Répertoire*, vol. 9, p. 157, vbo. *Douaire*, sec. III, § II. no. 4.

(2) There are several *Arrêts* on this subject to which I do not refer, because it does not appear in those cases that when the heirs made their charge against the widow she had married the person with whom it was alleged she had committed fornication, for instance *Arrêt* of 22d. May 1704, 1 *Augeard* p. 756

(3) *Guyot's, Rép.* vol. 6, pp. 326 and 327.

ment de Normandie, the one bearing date the 6th. February, 1652, and the other the 3d. day of december 1659 ; a third was rendered by the *Parlement de Dijon* on the 17th day of July, 1732 ; (1) and the fourth by the *Parlement de Flandre*, on the 16th. February, 1767. In all these cases the widow had been guilty of incontinence during the first year of her widowhood ; notwithstanding which she was allowed to have her dower, in consideration of her offence having been, as far as possible, repaired by her marriage with the person with whom she had misconducted herself, before any accusation was made against her. By the fifth of the *Arrêts* already spoken of, which was rendered by the *Parlement de Normandie* on the 22d. February, 1666, (2) the widow was deprived of her dower ; but the misconduct in this case appears to have commenced even during the life time of the first husband.

The reference by Basnage (3) to this *Arrêt* is in the following terms : “ il y a un arrêt de ce parlement du 22 février 1666, au rapport de M. de Vignerai, postérieur à tous ceux-ci, par lequel on imposa cette peine a une femme ingrate et sans pudeur, qui même pendant la maladie de son mari ne l'avait pas assisté, et n'avait fait venir les médecins que pour s'assurer par leur témoignage qu'il n'en échapperait point.”

The sixth *Arrêt* is referred to by Renusson (p. 262) as follows : “ Il y a un autre arrêt rendu au parlement de Provence, qui est rapporté au 3e tome du journal du palais, p. 325, par lequel il a été permis à un fils de faire preuve de désordre et déglèment de sa mère pendant l'an du deuil, et qu'elle était enceinte plus de deux mois avant qu'elle fut mariée avec Jean Birt, son second mari, afin de la faire déchoir des dons et avantages nuptiaux qui lui avaient été faits par son précédent mari. (4)

There are still two *Arrêts* remaining to be alluded to,

(1) Merlin, Rép. vbo. Douaire, Sec. 3, §. II, no. 6. vol. 9. p. 160.

(2) 6 Guyot Rép. p. 327.

(3) Com. sur la Cout. de Normandie, vol. 2, p. 55.

(4) Guyot's Rép. vol. 6. 327, 1 Col. This arrêt referred to by Guyot as no. 2.

both rendered by the *Parlement de Paris*; the one bearing date the 7th. January, 1648, and the other the 26th. March, 1680. In the first of these cases the *Parlement de Paris* allowed the widow to retain her dower, but the conclusions of the Attorney General Bignon, in her favour, were based upon several mitigating circumstances disclosed in the case, and the Court ordered that the judgment should not be drawn into precedent; *sans tirer à conséquence*.

The second of the arrêts of the Parliament of Paris on the subject is reported as follows by Guyot: "Le second arrêt qui est du 26 mars 1680, a pareillement adjugé le douaire à une veuve qui s'était remariée pendant l'an de deuil, et a refusé aux héritiers du premier mari la permission de faire preuve que le second mariage avait commencé *ab illicitis*. Les juges ne crurent pas devoir examiner scrupuleusement la conduite de la veuve comme elle n'était pas censée avoir deshonoré la mémoire de son mari, puisqu'elle avait préféré l'état du mariage à une vie concubinaire, il n'était pas à propos de troubler par une recherche trop exacte un mariage concordant, ces raisons obligèrent la Cour à passer *sur les règles ordinaires* et à se relâcher en faveur d'une veuve qui n'était peut-être coupable que d'un peu d'imprudence."

Thus we see that the parliaments of Dijon and Flandre, each in one case, and the Parliament of Normandie, in two cases, allowed the widow to retain her dower under circumstances analogous to those alleged against C. A. J., one of the plaintiffs in the present instance; that the same Parliament of Normandie in one case, (of a very unfavorable nature it is true,) deprived the widow of her dower for incontinence; that the same course was pursued by the Parliament of Provence, without there being, so far as we know, any circumstances calling for unusual severity; that the *Parlement de Paris*, in one case, in which there were many considerations tending to extenuate the guilt of the widow, allowed her to retain her dower, declaring however that the case should not be drawn into precedent; and that the

same Parliament of Paris in another case refused to allow the heirs of a first husband to prove that his widow had had illicit intercourse with her second husband before her marriage with him.

The tribunals in France, in adjudicating upon the cases above referred to, exercised a discretionary power which this Court does not possess ; and we cannot regard the very conflicting *Arrêts* which have been rendered on the subject as breaking down the well established general rule upon which the defendant relies ; Pothier, who wrote after all the above *Arrêts* had been rendered, lays down the general rule thus : " Il suffit pour la privation du douaire que la veuve soit " convaincue d'une simple fornication dans l'an du deuil," (1) and as supporting this view he refers to the *Arrêt* of the Parlement de Paris of the 7th January, 1648, which brought the point of the marriage of the widow with her partner in guilt directly under his consideration, and it is manifest from the context that Pothier did not think such marriage relieved the doweress from the penalty which she had incurred, for immediately afterwards he quotes the emphatic language of Dumoulin, "*Mulier si infra annum luctus commiserit stuprum, perdit donata et relicta ; et hoc manet in viridi observantia.*" Renusson, Douaire, p. 261, and Lebrun, as above cited, (Successions p. 311,) also lays down the general rule, without any exception, and the observations of the editor of the work known as the *Recueil d'Arrêts notables*, (Mr. Rousseau de Lacombe,) are very clear on this point, see 1 vol. p. 372. " Ce qui j'estimerai avoir lieu quand même la veuve aurait épousé celui "*cum quo commercium libidinis habuerat intra annum luctus* "*&c.*"

With these authorities before us, it appears impossible to say, that the mere fact of the marriage of the doweress, with her partner in guilt is, of itself, and irrespective of all

(1) Pothier, Douaire, No. 258.

other circumstances, sufficient to relieve her from the loss of her dower.

For these reasons we are with the defendant, in so far as regards the main question of law argued in this cause ; but notwithstanding this, as the demand of the plaintiffs is confined to the rents, issues and profits accrued before any complaint made against the widow, we are of opinion that the defendant's exception ought to be dismissed.

According to law, the rents, issues and profits of land subject to dower, accrue in favor of the widow, from the day of the death of her husband, without any judicial demand in that respect being necessary. The plaintiff C. A. J., accordingly, in the present case, as doweress, claims certain rents, issues and profits which accrued between the death of her husband and the institution of the present action. The plea alleges that the plaintiff C. A. J., did, on divers occasions during "the year and day immediately after the death of the said J. R. (her late husband,) commit fornication with the said J. L., the other plaintiff, and that a child was born to the said plaintiff, C. A. J., within two years after the death of the said late J. R., issue of her fornications with the said J. L.," and the prayer of the plea is, "that the said C. A. J., may be declared to have forfeited her dower due on the death of the said late J. R., and that she may be ordered to be deprived of the same, and that the present action may be hence dismissed."

Now even if the Court were to adjudge the said C. A. J. to have been guilty of the alleged acts of incontinence with which she is charged, and in consequence to declare her to have forfeited her dower and to order her "to be deprived of the same" as prayed by the defendant, still the operation of such a judgment would, as to the rents, issues and profits, be prospective only.

Manifestly, notwithstanding the allegations of the defendant's plea, C. A. J. is entitled to the rents, issues and

profits which accrued in her favor whilst her life was irreproachable ; and even supposing the allegations in the defendant's plea to be true, still, C. A. J. would be entitled to the enjoyment of her dower, until a demand for the forfeiture of it.

According to this view of the case, the matters alleged in the defendant's plea, at the utmost, could only affect the rents, issues and profits accrued subsequently to the filing of that plea, and therefore it is no answer or bar to the plaintiffs' demand, which relates exclusively to rents and profits accrued prior to the institution of the present action.

Proudhon in his *Traité des droits d'usufruit*, vol. 5, page 292, no. 2493, puts the following question : " Lorsque l'usufruitier est évincé pour cause d'abus de jouissance, doit-il être condamné à la restitution des fruits *depuis le délit* qui a donné lieu à la commise prononcée contre lui, ou seulement au rapport de ceux qu'il a perçus *ou dû percevoir depuis la demande en justice.*" And after mentioning the reasons urged in support of an affirmative answer to that question. He gives his own opinion as follows : " Nonobstant ces raisonnements, nous croyons qu'on ne doit ordonner la restitution des fruits que dès le jour de la demande en justice, attendu que l'usufruitier n'est point déchu de plein droit, mais seulement par la sentence du juge ; que tant qu'il n'a point été actionné, ses droits sur le fait de la jouissance lui restent entiers ; que le gain des fruits qui se rattache au fait de la possession, n'a rien de commun avec la résolution de l'usufruit, laquelle est toute dans le droit ; que même après les abus de jouissance commis par l'usufruitier, il ne cesse pas de posséder en vertu d'un titre légitime, tant que le propriétaire le souffre ainsi et s'abstient de l'actionner pour soumettre à la justice la question de savoir s'il sera résolu ou non. Concluons donc avec Dumoulin que, quoique le jugement prononçant la commise reporte rétroactivement ses effets au

“ temps du délit, en ce qui touche à la résolution du droit de
 “ propriété, néanmoins la restitution des fruits ne doit être
 “ adjugée que dès le jour de la demande intentée contre le pos-
 “ sesseur. *Tamen rectè jura ponderando non puto verum, sed*
 “ *est dicendum quod non à die ingratitudinis, sed à die con-*
 “ *troversie judicialis, sive citationis super hoc jussu judicis*
 “ *factæ (fructus sint restituendi.) Quod autem veniant à die*
 “ *noxæ commissæ ; citra aliam declarationem el interpellatio-*
 “ *nem, non puto jure comprobari.*”

This reasoning appears to us to be applicable to the present case, and to lead to the conclusion that even if the widow be liable as prayed by the defendant “ to be deprived of her dower,” still the operation of a judgment to that effect, would, as to the rents, issues and profits, be prospective only, and therefore that the demurrer of the plaintiffs to the peremptory exception of the defendant ought to be maintained.

In order to guard myself from being misunderstood, I wish to add that although in the course of the foregoing observations I have constantly spoken of the misconduct of a doweress during the first year of her widowhood, it is not therefore to be inferred that a widow even after that period can misconduct herself without being liable to lose her dower. *Renusson, Douaire, p. 263 ; Merlin, Rep. vol. 9, p. 158, verbo Douaire, Sec. III. § II.*

The judgment is as follows :

La Cour, ayant entendu les parties par leurs avocats sur la défense en droit (*demurrer*) des demandeurs à l'exception péremptoire en droit perpétuelle du défendeur, examiné la procédure et en ayant délibéré :—considérant que les demandeurs, comme exerçant les droits de la dite C. A. J. ne demandent par la présente action que les fruits et revenus arriérés de certains immeubles sujets au douaire de la dite C. A. J., tel que mentionné en la déclaration des dits demandeurs ; que même en admettant que pour les causes

mentionnées en la dite exception, si elles étaient prouvées, la dite C. A. J. pût être privée de son douaire, le jugement qui l'ordonnerait ainsi ne pourrait avoir d'effet quant aux fruits et revenus qu'à compter du temps où la cause de déchéance a été opposée, qu'elle ne serait pas pour cela privée des dits fruits et revenus échus, qui sont une suite de la saisine légale qu'elle a de son douaire, et qui sont présentement réclamés, maintient la dite défense en droit des demandeurs, et renvoie la dite exception du défendeur avec dépens en faveur des demandeurs.

HOLT and IRVINE, for plaintiffs.

KERR and LEMOINE, for defendant.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before : MEREDITH, MORIN, and BADGLEY, Justices.

No. 719. { WITHALL,..... *Plaintiff.*
 vs.
 { RUSTON, *et al*,..... *Defendants.*

Held :—That proof of fraud in the making of a note, casts upon the plaintiff the burthen of shewing that he is a bona fide holder for valuable consideration.

Jugé :—Que s'il est prouvé qu'un billet a été obtenu par fraude, le demandeur est obligé de prouver qu'il en est le porteur de bonne foi pour bonne et valable consideration.

Judgment rendered, the 22d. June 1857.

The action was brought by Withall, for recovery of the amount of a promissory note made by Harrison, acting as the agent of Hall, in favor of Ruston, and indorsed by Ruston, in favor of the plaintiff, and also for the recovery of the amount of a bill of exchange, drawn by Ruston, payable to his own order, upon Hall, one of the defendants, which bill had been accepted by Harrison, acting as the agent of Hall, and indorsed by Ruston in favor of the

plaintiff. Hall, being sued conjointly with Ruston, denied his liability upon the ground that Harrison was not authorised to sign the note or to accept the bill, and that no consideration had been given for either the one or the other ; and that both Harrison and Ruston, had practised a fraud against him.

It having been proved that Harrison was not authorised to sign the note or to accept the bill of exchange, that no consideration had been given, and that, in fact, there was fraud in the making of the same, the Court was of opinion that the plaintiff ought to have proved that he was a *bonâ fide* holder for valuable consideration ; and that having failed to do so, his action ought to be dismissed as against Hall.

MEREDITH, Justice :—On the 21st April 1855, Harrison then being the agent of the defendant, without any consideration, accepted a bill of exchange for £304 10 in the name of the defendant, and placed it in the hands of the drawer, Thomas Ruston, upon the express condition that he should pay the proceeds of the same, *in the course of the day*, to him Harrison, as the agent of the defendant. Ruston wholly failed to comply with this condition, and when the bill of exchange was about to mature, Harrison still acting in the name of the defendant, gave Ruston the promissory note and bill of exchange upon which the present action is founded, to enable him to withdraw the acceptance of £304 10 0, and upon condition that the note and bill now sued upon should be taken up by Ruston. The bill for £304 10 0 was withdrawn by means of the note and bill now sued upon, but these at maturity were dishonoured and hence the present action against the defendant, founded upon them. It is to be observed that the note and bill appear to have been discounted by Ruston at the Quebec Bank, and they remained in the possession of that institution until they reached maturity, when they were protested

for non payment at the request of that bank. It would therefore seem that the plaintiff did not obtain possession of the bill and note until after they were dishonoured. Independently of this circumstance however, it is certain, from the whole of the evidence of record, that Ruston never gave, and that the defendant never received, any consideration whatever for the bill and note now in question.

We also think the defendant Hall has established that a fraud has been practised against him in the matter. Harrison as the agent of Hall was in a legal point of view guilty of fraud, in granting the acceptance of his principal for the sum of £304 10 0 without his consent, and without any sufficient consideration. Harrison was empowered to manage the business of Hall, but as between Hall and himself he had no greater right to enter into the transaction in question, than a mere stranger would have had. Then as to Ruston he not only participated in the fraud already adverted to, but he was guilty of another act of the same character in not refunding the proceeds of the bill of exchange for £304 10 0 to Harrison as he promised. *If the defendant had shown merely that the negotiable paper upon which he is sued, had been given by him without consideration, but had not proved any fraud, it would then have been incumbent upon him to go a step farther and to show that the plaintiff did not give any sufficient consideration for that paper ; but, as the defendant, in addition to the proof of want of consideration, has also shewn that Ruston, the immediate indorser to the plaintiff, obtained possession of the promissory note and bill of exchange now sued upon by fraudulent means, it became incumbent upon the plaintiff to prove that he was a holder of that paper, for valuable consideration ; and as he has failed to do so, we are under the necessity of dismissing the action as against Hall. The rule of law upon which we act will be found very clearly laid down in the books (1).*

(1) Bailey vs. Bedwell, 13, M. and W. pp. 75, 76 :—Smith vs Braine 16 Adolphus and Ellis, N. S. p. 244 :—32, E. L. and Eq. Rep. Fitch vs Jones ; and in the note to

The Court &c., Considering that it is established by the evidence adduced in this cause that the said defendant, George B. Hall, never received any consideration for the bill of exchange and promissory note upon which he is sued in the present action—and further, that the signature of the said George B. Hall, as acceptor of the said bill of exchange and as maker of the said promissory note, was obtained by fraudulent means, in which Thomas Ruston, who indorsed the said bill of exchange and promissory note to the plaintiff, participated : and considering that by reason of the premises it became incumbent upon the plaintiff to shew that he gave good and sufficient consideration for the said bill of exchange and promissory note, which he hath wholly failed to do,—doth consider and adjudge that the said defendant, Thomas Ruston, do pay to the plaintiff, for the causes, matters and things in the plaintiff's déclaration in this cause filed, setforth and contained, for and by reason of the said bill of exchange and promissory note, three hundred and nine pounds, one shilling, currency, with interest on one hundred and fifty five pounds, ten shillings and six pence, from the twenty fifth day of August, one thousand eight hundred and fifth five—and also on one hundred and fifty two pounds ten shillings and six pence from the tenth day of August one thousand eight hundred and fifty five, and also on one pound from the nineteenth day of August one thousand eight hundred and fifty six, till paid, and costs of suit.

And it is further by the said Court adjudged that the present action in so far as the same respects the said defendant, George Benson Hall, be and the same is hereby hence dismissed &c.

PENTLAND and PENTLAND, for plaintiff.

STUART, G. O., for Hall.

Bailey vs Bedwell 13. M. and W. p. 76. four american cases are referred to, establishing the doctrine upon which our present judgment turns, namely.—“ That proof of fraud, illegality, or duress, in the making or original circulation of a bill or note, will cast upon the plaintiff the burthen of showing that he is a *bonâ fide* holder for valuable consideration :—5. Benney, 459 :—3. Watts, 26 :—6. Wendell, 615 :—6. Pick, 412.”

IN THE JUDGE'S CHAMBERS.—QUEBEC.

Before : MEREDITH and MORIN, Justices.

No. 720. } *Ex parte*,—BURKE,..... *Petitioner.*
 } *For a writ of prohibition*

Held :—That a writ of prohibition ought to be granted as of right, whenever a commissioner's Court has exceeded its jurisdiction.

Jugé :—Qu'un writ de prohibition doit être accordé *de plano*, lorsqu'une Cour de commissaires a excédé sa jurisdiction.

Judgment rendered the 20th day of September 1857.

The petitioner had applied for a writ of prohibition, ordering a commissioner's Court to suspend proceedings upon a judgment obtained against the petitioner, alleging a want of jurisdiction in the said Court. The petitioner was allowed to proceed *ex parte*.

MEREDITH, Justice.—The petitioner was impleaded at the suit of one Poliquin, in an action of debt, before the commissioner's Court at Cap-Santé, in the month of July, 1856, and having made default, a judgment was rendered against him for £3 7 10, with interest and costs; for which his furniture and household effects were taken in execution. In order to be releived from these proceedings, the petitioner has obtained a writ of prohibition, on the ground that the commissioner's Court at Cap-Santé had no Jurisdiction.

The evidence establishes that the petitioner has had his domicile, for many years, in the parish of St. Raymond; and that no commissioner's Court has ever been established in that Parish; that there is a commissioner's Court in the parish of Ste. Catherine de Fossambault; and that that Court is nearer to the domicile of the petitioner by ten miles than the commissioner's Court at Cap-Santé, where he was sued by Poliquin.

Now by the 7th Vict. C. 19, sec. 3 each commissioner's Court established under that act is given jurisdiction in certain cases over persons resident in *the parish* for which the commissioner or commissioners shall have been appointed ;—and by the 7th section of the same act, it is provided that when no commissioner shall have been appointed for the parish in which a defendant shall reside, then that the defendant “ may be sued before that other “ commissioner's Court which shall be held nearest to the “ place in which the defendant shall reside in the “ same district.” Under these circumstances, it appears to us manifest that the petitioner ought to have been summoned before the commissioner's Court at Ste. Catherine de Fossambault ; that the commissioner's Court at Cap-Santé had no jurisdiction ; and consequently that it is our duty under the 12 Vict. c. 28, sec. 7, and 12 Vict. c. 41, sec. 16, to grant the petitioner relief as prayed for by his *requête libellée*, with costs against Poliquin, the plaintiff in the cause below. (1)

O'FARRELL for petitioner.

(1) See Lloyd on Prohibition/p 1. “ This writ (prohibition) ought to be granted as of right, whenever it can be shewn that any inferior Court has been guilty of an excess of jurisdiction.

**BANC DE LA REINE, } DISTRICT DE MONTRÉAL.
EN APPEL.**

Présents :—Sir L. H. LaFontaine, Bt., Juge-en-Chef,
AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

NYE,..... *Appelant*,
et

MALO,..... *Intimé*.

Jugé :—1o. Que le Statut de 1853, ch. 80, sur l'usure, n'a eu d'autre effet que d'abolir la pénalité et la nullité du contrat, prononcées par l'Ord. 17, Geo. 3, ch. 3.

2o. Que le seul taux légal d'intérêt est de six par cent, et que tout débiteur de billet, ou cédule sur laquelle des intérêts excédant ce taux ont été retenus ou payés, a droit de les faire imputer sur le principal du dit billet ou cédule.

Held :—1o. That the only effect of the Statute of 1853, ch. 80, is the repealing of the penalties and nullity of contract, enacted by the Ord. 17, Geo. 3, ch. 3.

2o. That the only legal rate of interest is six *per centum*, and that any maker of a promissory note, or other instrument in writing, wherein interest above this rate has been retained or paid, has the right to have the same deducted from the principal mentioned in the said note or instrument in writing.

Jugement rendu le 6 octobre, 1857.

L'action était portée devant la Cour Supérieure, à Montréal, par Malo contre Nye, pour le recouvrement de la somme de £155 0, montant collectif de quatre billets promissaires, dont deux signés par Nye et endossés par un nommé Fleming, et les deux autres faits et signés par Fleming et endossés par Nye.

Après une défense en droit non motivée, Nye opposa à la demande, par exception péremptoire, en admettant qu'il était redevable à Malo d'une balance de £45 8 8½ pour balance des billets promissaires en question ;—que vers le 7 juillet, 1853, sur escompte de deux billets faits par Fleming, et se montant à £75 0, Malo avait gardé, à titre d'intérêt pour trois mois, une somme de £10, en sus de celle de £2 10, également pour intérêt sur les susdits billets qui étaient payables à trois mois de leur date, en sorte que de fait il n'avait reçu que £62 10.

A l'échéance de ces billets, Fleming les retira de Malo au moyen de deux autres billets de semblables montants, payables à un mois de date, pour l'intérêt desquels il paya

à Malo £4 3 4, somme excédant le taux légal d'intérêt, somme qu'il continua à payer pendant quatre mois, au montant de £14 3 4, excédant l'intérêt légal de £12 18 7, somme que Nye offrait en compensation de la présente demande, les billets sur lesquels ces intérêts usuraires avaient été stipulés ayant été dûment acquittés à leur échéance.

Nye alléguait ensuite l'escompte par Malo d'un autre billet de Fleming endossé par Nye, pour la somme de £100 sur lequel Malo aurait retenu £25 pour six mois d'intérêts, et en déduction duquel il aurait reçu de plus £50 et un billet de £50, un de ceux sur les quels l'action repose.

Nye alléguait des exactions également usuraires, et du même genre, sur les billets dont le montant était réclamé ; en sorte que Malo n'avait de fait compté à Nye et à Fleming, depuis le commencement de leurs transactions de billets, qu'une somme de £260. 7. 10 ; qu'il en avait reçu sous forme d'intérêts usuraires et en principal celle de £215. 19. 1½, laissant la balance reconnue due par le défendeur Nye.

Il produisait au soutien de cette exception les billets escomptés et payés, et un état du paiement ou retenue des intérêts mentionnés en l'exception.

Fleming, produit comme témoin, étant exonéré de toute responsabilité quant aux billets en question de la part de Nye, par acte notarié, fut admis comme témoin compétent, et prouva toutes les charges usuraires contre Malo.

Examiné sur faits et articles, Malo dit qu'il avait escompté ou acheté des billets de Fleming, (outre ceux dont il est question en cette cause) qui avaient été réglés par Fleming et à lui remis, qu'il ne tenait ni livres ni memorandums des billets qu'il escomptait et des intérêts qu'il percevait, qu'il ne pouvait dire s'il avait escompté les billets produits par le défendeur. Il ne se rappelait pas quel taux ou montant d'intérêt il avait reçu.

La Cour Supérieure, par son jugement du 20 mars, 1857, écarta l'exception plaidée, et rendit jugement en faveur de Malo pour toute la somme demandée. (1) Les considérants de ce jugement sont :

“ Considering that the said defendant hath failed to prove
 “ that at the times of the discounting of the four promissory
 “ notes referred to in the declaration of the said plaintiff,
 “ and for the recovery of which the present action is brought,
 “ that any loan of money was made to the said defendant,
 “ on which, or for the forbearing of payment of which, more
 “ than six per cent per annum was retained and taken by
 “ the said plaintiff, as stated in the declaration, or hath
 “ failed to allege and prove from whom or on whose ac-
 “ count the said four promissory notes were in reality dis-
 “ counted, as stated in the said declaration ;—and further
 “ considering that it is moreover stated in and by the said
 “ declaration that the interest retained and taken by the said
 “ plaintiff, at the time of the discounting of the said prom-
 “ issory notes, was in reality paid, and received by the said
 “ plaintiff, before and at the time of the transfer to the said
 “ plaintiff of the said four promissory notes referred to in the
 “ said declaration, and that the said defendant hath failed to
 “ shew that by reason of any of the matters and things set
 “ forth in the said peremptory exceptions, any action lies by
 “ law to recover back from the said plaintiff any sum of
 “ money whatever, which may have been taken and retained
 “ and paid to the said plaintiff, for or by reason of the dis-
 “ counting of the said four promissory notes, or that the said
 “ defendant can by law claim by way of set off or compen-
 “ sation against the said four promissory notes, the several
 “ sums of money alleged to have been paid at the time of
 “ the discounting of the said four promissory notes aforesaid,
 “ as and for excess of interest as alleged, the Court doth
 “ overrule and set aside the said peremptory exception
 “ with costs.... ”

(1) Présents : Les Hon. Juges Smith, Mondelet et Chabot.

Tel est le jugement dont Nye a interjeté appel. (1) Malo répondait que par le statut 16. V. C. 80, il n'y a plus ni poursuite civile ni poursuite criminelle pour usure. Cette prétention a été rejetée par la Cour d'appel, dont voici le jugement.

La Cour, etc.—1. Considérant que la cinquième section de l'ordonnance de 1777 (17 Geo. 3. chap. 3,) qui avait réglé le taux de l'intérêt, contenait trois dispositions ou parties distinctes, la première, permettant, en dérogeant au droit commun, de stipuler des intérêts n'excédant pas six par cent, et donnant au créancier un droit d'action pour en obtenir le paiement, de sorte que des intérêts stipulés ou perçus au delà de six par cent ont continué d'être, quant à cet excédant, des intérêts illégaux, et par conséquent usuraires; la seconde allant jusqu'à déclarer que "tous contrats, obligations ou conventions quelconques," qui auraient donné lieu à un tel excédant d'intérêt, seraient "totalement nuls," et la troisième imposant une autre pénalité, en décrétant que "tous particuliers qui prendraient directement ou indirectement, accepteraient ou recevraient une plus forte demeure (intérêt), encourraient, pour chaque contravention, une amende de triple de la somme d'argent, de la valeur des marchandises ou autres effets quelconques, qui auraient fait l'objet de tels contrats, obligations ou conventions." 2. Considérant qu'il est vrai que le statut de 1853, chap. 80, révoque, d'abord la cinquième section de l'ordonnance de 1777, et déclare ensuite (2e section) "qu'aucune convention qui sera faite à l'avenir dans aucune partie de cette province pour le prêt ou crédit d'argent ou valeur d'argent, à n'importe quel taux d'intérêt, et qu'aucun paiement fait en vertu de cette convention, ne rendra aucune des parties à cette convention ou paiement, sujette à aucune perte, confiscation, pénalité ou poursuite civile

(1). Autorités citées par l'appelant lors de la plaidoirie:—3. Chardon, *Dol* p. 309:—2. *Barnwell and Creswell* p. 583:—15. *Peterdorff's Abridg. vbo. Usury*, p. 252:—2. *Douglas' Rep., Jones vs. Barclay*, p. 694:—*Répert. vbo. Usure*, p. 419:—*Story on Contracts*, p. 530.

“ ou criminelle pour usure, nonobstant toute loi ou statut “ à ce contraire.” 3. Mais considérant, d'un autre côté, que le statut de 1853 n'a pas eu pour but d'abroger en entier les lois sur l'usure, ce qui résulte clairement, 1o. de son titre même qui porte : “ Acte pour modifier les lois d'usure ; ” 2o. de son préambule qui est en ces termes : “ attendu qu'il “ est expédient d'abolir toutes les prohibitions et pénalités “ sur le prêt de l'argent à quelque taux d'intérêt que ce soit, “ et de faire exécuter, *jusqu'à un certain point, et pas davan-* “ *tage*, toute convention de payer l'intérêt sur de l'argent “ prêté, et d'amender et simplifier les lois relatives au prêt “ de l'argent à intérêt ; ” 3o. de la troisième section du même statut, puisqu'elle reproduit, dans les termes suivants, le dispositif de la première partie précitée de la cinquième section de l'ordonnance : “ pourvu toujours, néanmoins, et “ qu'il soit statué que toute convention susdite, et toute ga- “ rantie pour icelle sera nulle, en autant, et en autant seule- “ ment, qu'il s'agira de l'excédant d'intérêt devenu en con- “ séquence payable au dessus du taux de six louis pour le “ prêt de cent louis pour une année, et le dit taux de six “ pour cent d'intérêt, ou tel autre taux d'intérêt moins élevé “ qui pourra avoir été convenu, sera alloué et recouvré dans “ tous les cas où il sera convenu entre les parties que l'in- “ térêt devra être payé ; ” 4o. Considérant que tout l'effet du statut de 1853 a été de faire disparaître seulement “ les prohibitions et pénalités ” préexistantes, c'est-à-dire, celles décrétées par les deuxième et troisième parties précitées de la cinquième section de l'ordonnance, et de maintenir la convention quoiqu'entachée d'usure, et de donner au créancier un droit d'action pour le principal, et aussi pour les intérêts stipulés, mais seulement jusqu'à concurrence de six pour cent ; que l'excédant d'intérêt, au delà de ce taux, continuant d'être illégal, et par conséquent, usuraire, et la convention au moyen de laquelle on prétendrait exiger cet excédant, étant expressément déclarée nulle *pro tanto*, il s'ensuit que le paiement qui en a été fait est atteint de la même nullité, et n'est pas obligatoire pour le débiteur qui,

en pareil cas, a droit d'en faire l'imputation jusqu'à due concurrence sur le principal ou les intérêts légitimes de la créance; 50. Considérant que, bien que l'intimé, en répondant au 22^e interrogatoire sur faits et articles, ait admis qu'il faisait le négoce d'effets de la nature de ceux dont il s'agit en cette cause, il a néanmoins déclaré qu'il ne tenait ni journal, ni mémoire, ni livres de compte; que d'ailleurs, il a répondu d'une manière évasive, surtout en ce qui regarde les 36^e et 37^e interrogatoires, prétextant qu'il avait oublié le montant des sommes par lui avancées d'un côté, et par lui reçues de l'autre; qu'à raison de ce que dessus les interrogatoires doivent être tenus pour confessés et avérés; et vu la preuve acquise en conséquence à l'appelant, ainsi que la déposition de John R. Fleming, témoin entendu en cette cause; et vu aussi le mal jugé du tribunal dont est appel, en rejetant la motion de l'appelant du 23 février dernier, aux fins de faire déclarer confessés et avérés les interrogatoires sur faits et articles soumis au dit intimé, et auxquels il avait répondu d'une manière évasive:—Infirme le jugement dont est appel, savoir: le jugement rendu le 20 mars, 1857, par la Cour Supérieure, siégeant à Montréal, avec dépens contre l'intimé sur le présent appel; et cette Cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, condamne l'appelant, suivant ses offres, à payer à l'intimé, pour balance et parfait paiement du montant réuni des quatre billets produits par l'intimé au soutien de sa demande, la somme de £45. 8. 8½ cours actuel, avec intérêt à compter du 9 juin, 1856, et les dépens encourus par l'intimé en la dite Cour Supérieure, depuis l'introduction de son action jusqu'au 17^e jour de novembre, 1856, inclusivement; et quant au dépens encourus par l'appelant depuis cette dernière époque, en la dite Cour Supérieure, cette Cour en adjuge le profit au dit appelant, et, en conséquence, condamne le dit intimé à les lui payer. Et enfin il est ordonné, que le dossier soit remis à la dite Cour Supérieure, siégeant à Montréal. (L'honorable M. le Juge Duval diffèrent.)

DUVAL, Justice : The majority of the Court are of opinion that all sums of money proved to have been paid in the shape of interest over and above six per cent ought to be set up in compensation against the sums lawfully due to the creditor. I do not concur in this opinion, and I add that any *surplus* amount of interest, once paid, cannot be the subject of an action *en répétition*. In the present case the argument of the plaintiff is, whatever the debtor has willingly paid on account either of interest or of capital, he cannot by law recover back, and what he cannot get back by direct means, ought not to be allowed him indirectly. The late statute evidently intended courts should not interfere in the case of usurious contracts, when the parties have faithfully executed them in whole or in part according to their agreement.

The defendant answers that the 3rd section makes the contract void for the excess of interest, and it is this provision the Court is called upon to enforce.

I reply to this that the Court is not called upon to enforce payment of any excess of interest : the plaintiff only asks a judgment for his capital and legal interest. It is the defendant who wishes to rip up the past and get back money willingly paid : the preamble of the statute explanatory of the intention of the legislature confirms this view.

SIR L. H. LAFONTAINE, Bt. Juge-en-Chef.—Quel est l'effet de la nouvelle loi, promulguée en 1853, chap. 80, intitulée " Acte pour *modifier* les lois d'usure." ? Le débiteur, de qui on a exigé plus de six par cent d'intérêt, peut-il être reçu à imputer sur le principal de la créance et les intérêts légaux, ce qu'il a ainsi payé au-delà de ces six par cent ? Telle est la question qui, pour la première fois, se présente devant ce tribunal.

Tout le monde sait que les anciennes lois françaises prohibaient le prêt d'argent à intérêt, et qu'à différentes époques ces lois avaient prononcé des peines plus ou moins

sévères contre les personnes qui se rendaient coupables d'usure, le fait étant réputé crime ou délit lorsqu'une personne s'y livrait habituellement.

Il paraît, néanmoins, que dans le dernier état de la jurisprudence sous l'ancien droit français, " quand l'usure " ne consistait que dans la stipulation de l'intérêt de l'argent qu'on avait prêté par promesse ou par obligation, et " que cet intérêt n'excédait pas le taux autorisé par la loi " dans les cas où *la loi* pouvait produire des intérêts, les " juges se contentaient de déclarer une telle stipulation " *nulle et usuraire*, et d'ordonner que les intérêts qui avaient " pu être payés en conséquence seraient imputés sur le " principal." (Guyot, Repert. de Jurisprudence, t. 17, au mot " Usure," p. 418.)

Notre ordonnance provinciale de 1777, ch. 3, avait réglementé cette matière pour tout le Canada, et la disposition qu'elle contient à cet égard, dans sa cinquième section, a été en pleine vigueur dans le Bas-Canada jusqu'à la promulgation de la loi de 1853. Une semblable disposition avait été reproduite dans le statut de la législature du Haut-Canada, 51 Geo. 3, (1811) ch. 9, par lequel toute l'ordonnance de 1777 avait été abrogée. Enfin ces deux dispositions, tant pour le Bas-Canada, que pour le Haut-Canada, ont été elles-mêmes abrogées par la loi de 1853. (sect. 1).

Il y a trois parties principales et bien distinctes à remarquer dans la 5e section de l'ordonnance. Je citerai la version anglaise, car elle renferme quelques termes qui, se trouvant reproduits dans la loi de 1853, tendront, mieux que la version française, dans laquelle ils n'ont pas été rendus d'une manière bien exacte, à faciliter l'intelligence de cette nouvelle loi.

1ère Partie.—" From and after the publication of this " ordinance, it shall not be lawful, upon any contract,

“ to take directly or indirectly, for loan of any monies, wares, merchandize, or other commodities whatsoever, above the value of six pounds, for the forbearance of one hundred pounds for a year, and so after that rate, for a greater or lesser sum or value, or for a longer or shorter time ; and the said rate of interest shall be allowed and recovered in all cases where it is the agreement of the parties that interest shall be paid.”

2e Partie.—“ And all bonds, contracts and assurances whatsoever, whereupon or whereby a greater interest shall be reserved and taken, shall be utterly void.”

3e Partie.—“ And every person who shall, either directly or indirectly, take, accept and receive a higher rate of interest, shall *forfeit* and lose, for every such offence, treble the value of the monies, wares, merchandize and other things lent or bargained for, to be recovered by action of debt in any of the courts of Common Pleas, in this province ; a moiety of which forfeiture shall be to His Majesty, and the other moiety to him or them that will sue for the same.”

Dans la *première partie*, l'ordonnance permet de stipuler des intérêts n'excédant pas six par cent, et donne au créancier un droit d'action pour en obtenir le paiement. En cela l'ordonnance déroge au droit commun. Mais des intérêts au-delà de six par cent, sous l'empire de cette ordonnance, continuent d'être, quant à cet excédant, des intérêts illégaux, et, par conséquent, usuraires. Sous ce rapport, nul changement dans le droit commun. En France, le débiteur eût eu le droit d'imputer ces intérêts usuraires sur le principal de sa dette ; car, nonobstant le fait d'avoir exigé de tels intérêts, le créancier était admis à répéter le principal légitime de sa créance, sauf à subir la déduction de ces mêmes intérêts. Guyot, déjà cité, p. 418, rapporte un arrêt qui, dans un cas semblable, avait condamné les débiteurs à payer leur créancier, “ déduction faite des in-

“ téréts usuraires qui avaient été induement exigés d’eux, “ et qu’ils avaient payés, ou qui avaient été compris dans “ les obligations ou autres titres de créance qu’ils avaient “ passés.” Il en eût été de même en Canada, après l’ordonnance, si le législateur se fût arrêté à cette *première partie* de sa disposition. Mais il a cru devoir aller plus loin, ainsi que nous le voyons dans la *deuxième partie*. Il a voulu que, non seulement un excédant d’intérêt au-delà du taux qu’il venait d’autoriser, fût frappé de nullité, mais encore que l’obligation qui aurait donné lieu à un tel excédant d’intérêts fût elle-même “ totalement nulle.” C’était d’avance entacher cette obligation d’une *nullité absolue*. C’était, par conséquent, ôter au créancier son droit d’action pour le principal réel et légitime de son prêt. Il y a plus encore ; le législateur n’a pas voulu s’arrêter à cette “ pénalité,” à cette “ perte ”, qu’il faisait subir au créancier prévaricateur, par cette *deuxième partie* de son ordonnance. Il a cru que son décret prohibitif d’un taux *excessif* d’intérêt pourrait manquer d’une sanction suffisante, s’il n’attachait pas en même temps, à la violation de ce décret, une pénalité encore plus forte, en sus de celle qu’il venait d’établir par la *deuxième partie* de la section dont il s’agit. Delà, la *troisième partie* précitée de cette disposition de l’ordonnance, laquelle, pour chaque *offense* résultant de l’infraction faite à la loi, assujétit celui qui s’en est rendu coupable, à la *confiscation* et à la *perte* (“ shalt forfeit and lose ”) du triple de la valeur de ce qui a fait l’objet du contrat usuraire.

L’ordonnance, tout en autorisant le prêt à intérêt jusqu’à concurrence de six par cent, et en le prohibant au-delà de ce taux, reconnaissait donc, pour pouvoir parvenir à son but, que sa sanction devait comprendre trois choses, qui néanmoins étaient bien distinctes entre elles, puisque chacune pouvait exister par elle même.

La *première*, c’était l’*illégalité* de l’exaction d’un taux excédant six par cent, et, par conséquent, la nullité du

paiement qui aurait pu être fait de cet excédant. Sous ce rapport, en autant qu'il s'agit de cet excédant d'intérêts, nul changement au droit commun, sous lequel le créancier eût continué d'avoir son action pour ce que sa créance aurait pu avoir de légitime, si le législateur n'avait pas été au-delà de la *première partie* de sa loi. Dans ce cas, il n'y eût eu ni *confiscation*, ni perte, pour le créancier, car ce n'est point *perdre*, ni souffrir de confiscation, que d'être privé seulement de recevoir, ou d'avoir à rembourser une chose qui n'est pas dûe, telle qu'une somme d'argent pour des intérêts déclarés illégaux. La *première partie* de l'ordonnance n'établissait donc pas une "pénalité" proprement dite.

Mais il n'en est pas de même de la *deuxième* et de la *troisième* des choses que le législateur a cru devoir exiger, comme devant assurer l'efficacité de son décret prohibitif. Ce sont réellement pour le créancier des "pénalités," c'est, d'abord une "*perte*" réelle qu'il doit subir, par la nullité absolue dont son contrat même est frappé, et qui le prive par conséquent du secours que lui laissait encore le droit commun ; et c'est, ensuite, une *confiscation*, ou plutôt, une *amende*, selon le mot employé dans la version française de l'ordonnance, puisqu'en pareil cas, il est rendu passible du triple de la valeur de ce qui a fait l'objet du contrat.

C'est donc cette *nullité absolue* du contrat même, dans cette *confiscation*, ou cette *perte*, ou cette *amende* du triple, que consistent les "prohibitions et pénalités," dont parle le *préambule* de la loi de 1853, ainsi qu'on va bientôt le voir.

Remarquons d'abord que le titre même de cette loi annonce qu'elle n'a pas pour but d'abroger en entier les lois sur l'usure ; "Acte pour *modifier* les lois d'usure," porte ce titre. Puis le préambule s'exprime ainsi : "Attendu qu'il est expédient d'abolir toutes *prohibitions et pénalités* sur "le prêt de l'argent à quelque taux d'intérêt que ce soit, et

“ de faire exécuter *jusqu'à un certain point, et pas davantage*, toute convention de faire payer l'intérêt sur de l'argent prêté, et *d'amender et simplifier* les lois relatives au prêt de l'argent à intérêt.”

Comme on le voit, l'objet du statut est d'abolir les “ prohibitions et pénalités ” préexistantes, et, non pas de faire disparaître tous les règlements sur l'usure. Le législateur continue d'autoriser l'intérêt conventionnel en matière de prêt, et il veut que la convention puisse être exécutée, mais seulement “ jusqu'à un certain point et pas d'avantage.” Voyons comment il s'y est pris pour produire ce résultat.

Il commence par révoquer purement et simplement la 5e section de l'ordonnance, mais pour en reproduire ensuite l'une des dispositions, celle de la *première partie*. Après, il statue “ qu'aucune convention qui sera faite à l'avenir “ dans aucune partie de cette province pour le prêt ou crédit d'argent ou valeur d'argent, à *n'importe quel taux d'intérêt*, et qu'aucun paiement fait en vertu de cette convention, ne rendra aucune des parties à cette convention ou paiement, *sujette à aucune perte*, confiscation, “ (“ loss, forfeiture,” dans l'anglais) *pénalité ou poursuite* civile ou criminelle pour *usure*, nonobstant toute loi ou statut à ce contraire.” (Section 2e.)

Cette disposition porte sur les mêmes objets, mais dans un sens tout à fait contraire, que ceux de la *deuxième et troisième parties* de la cinquième section de l'ordonnance ; c'est-à-dire qu'à l'avenir, quelque soit le taux d'intérêt qui ait été demandé et reçu, par le créancier, dût-il excéder celui fixé par la loi de 1853, le créancier ne sera plus atteint, d'un côté, par la déchéance de son droit d'action pour le principal légitime du prêt qu'il aura fait, et pour les intérêts légaux exigibles sur ce prêt, et, de l'autre côté, par la pénalité de payer le triple de ce prêt. Telles étaient les “ prohibitions et pénalités ” décrétées par l'ordon-

nance, celles qui exposaient le prêteur à *perdre*. En effet, si l'on rapproche les termes *perte, confiscation, pénalité* ou *poursuite*, dont on fait usage dans la 2^{de} section du statut, de ceux que le législateur a employés dans l'ordonnance, l'on voit de suite que ces termes ne se rapportent qu'à la *deuxième* et à la *troisième* parties de l'ordonnance ; les mots même, " confiscation " et " perte," sont ceux de la *troisième partie*. (" *shall forfeit and lose* ") On pourrait être porté à ne voir, dans la 2^{de} section du statut, qu'un surcroît de précautions de la part du législateur. Il semble qu'il eût dû suffire de l'abrogation pure et simple de la disposition de l'ordonnance, pour faire disparaître les " prohibitions et pénalités " qu'elle avait établies, à moins qu'on ne suppose que le législateur ait craint que cette abrogation ne pût être suffisante pour assurer au prêteur la protection qu'il voulait lui donner à l'avenir, et qu'il ne fût encore au pouvoir de l'emprunteur de faire surgir de l'ancien droit en vigueur avant l'ordonnance, quelques autres ^R prohibitions et pénalités."

Ce qui prouve, au-delà de tout doute, que le législateur de 1853, tout en abolissant les " prohibitions et pénalités," ne voulait pas néanmoins laisser le prêt à intérêt entièrement libre et sans règlement, c'est la disposition que, sous la forme d'un *proviso*, renferme la troisième section du statut. Cette disposition qui n'est que la reproduction de celle que contenait la *première partie* de la 5^e section de l'ordonnance est en ces termes :—

" Pourvu toujours, néanmoins, et qu'il soit statué, que toute convention comme susdit, et toute garantie pour icelle, *sera nulle*, en autant, et en autant seulement, qu'il s'agira de l'excédant d'intérêt devenu en conséquence payable, (*thereby made payable*, dans l'anglais) au-dessus du taux de six louis pour le prêt de cent louis pour une année, et le dit taux de six pour cent d'intérêt, ou tel autre taux d'intérêt moins élevé qui pourra avoir été convenu, sera alloué et recouvré dans tous les cas où il sera convenu entre les parties que l'intérêt devra être payé."

Cette dernière disposition du statut est trop clairement exprimée pour qu'il soit besoin de l'accompagner d'aucun commentaire. L'excédant d'intérêt, au-delà de six pour cent, continue d'être *illégal*, et la convention au moyen de laquelle on voudrait l'exiger, est expressément déclarée *nulle* ; par conséquent le paiement qui en aura été fait est atteint de la même nullité, et n'est pas obligatoire pour le débiteur. Car c'est un intérêt déclaré *usuraire*, et celui qui l'a payé doit avoir le droit de le répéter ou de l'imputer sur le principal et les intérêts légalement exigibles, c'est-à-dire, jusqu'à concurrence de six pour cent. S'il n'avait pas ce droit, la troisième section du statut serait un non-sens, et la nullité qu'il prononce serait tout-à-fait dérisoire, surtout en présence de la 21^e section de l'acte des billets à ordre de 1849, chap. 22, qui porte, " que toute personne, " en escomptant aucune lettre de change ou billet promis-
soire, pourra retenir, recevoir ou exiger le montant de " l'escompte ou l'intérêt sur le montant principal y spécifié " au temps où il sera ainsi reçu ou escompté." Il suffirait donc au prêteur de retenir 25 ou 50 pour cent en prenant le billet d'un individu pressé par le besoin, pour pouvoir le repousser ensuite, lorsque cet individu, se confiant au sens naturel des mots du statut, invoquerait la nullité de la convention en ce qui regarde l'intérêt excessif. Le créancier serait donc bien venu à lui répondre : vous m'avez payé cet intérêt, donc cet intérêt est parfaitement légal, et il n'y a pas lieu à répétition. Que deviendrait alors la sanction que le législateur a donné à sa loi, en déclarant qu'il y aurait nullité en pareil cas ? Il serait donc permis aux parties d'ôter à une convention le caractère *usuraire* dont la loi l'aurait d'avance entachée ? En d'autres mots, il serait permis de fait de prêter à quelque taux d'intérêt que ce soit. Telle serait, ce me semble, la conséquence inévitable de l'interprétation que l'intimé s'est efforcé de donner au statut. Si une telle interprétation doit prévaloir, il serait infiniment mieux de faire disparaître le plutôt possible la troisième section du statut, car le résultat de cette inter-

prétation exposerait cette loi au reproche mérité de n'avoir d'autre effet que celui de tendre un piège en trompant les espérances de recours qu'elle est de nature à faire naître dans l'esprit d'un malheureux débiteur livré aux étreintes de son avare créancier.

Donner un pareil effet aux dispositions du statut, c'est contredire le but dans lequel il a été fait, tel qu'indiqué clairement dans le préambule. Ce ne serait plus "faire exécuter, *jusqu'à un certain point et pas davantage*," la convention de payer l'intérêt, lorsque cet intérêt excéderait le taux légal de six par cent ; ce serait, au contraire, faire exécuter une telle convention, quelque excessif que fût l'intérêt exigé par le prêteur. Je ne puis donc pas concourir dans cette interprétation du statut.

Je n'ai plus qu'une remarque à faire, c'est que les 2e et 3e sections du statut me paraissent tout à fait remplir le but avoué dans le préambule. La personne qui aura prêté à un taux excédant le taux légal, n'est plus exposée à *perdre* comme ci-devant. Les pénalités ont disparu, et le droit d'action est restitué à ce prêteur, non seulement pour le principal réellement avancé au débiteur, mais encore pour les intérêts légaux sur ce principal, quand même la convention aurait violé la loi en portant l'intérêt à plus de six pour cent. La convention, pouvant, nonobstant cette violation, être exécutée jusqu'à due concurrence du principal et des intérêts légaux, la loi permet ainsi de "la faire exécuter *jusqu'à un certain point et pas davantage*." Le but et les dispositions expresses du statut se trouvent ainsi remplis.

STUART, H. pour l'appelant.

CHERRIER, DORION et DORION, pour l'intimé.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

No. 1254. { JOUTRAS,..... Plaintiff,
vs.
DUNLOP,..... Défendant.

Held :—1o. That an affidavit for a *capias* in which the creditor's name is "Joutras," is good, although the name is "Justras," in the writ and declaration.

2o. That the allegation in such affidavit that the defendant is personally indebted to the plaintiff for work done by the plaintiff for the defendant, and for wages and salary earned by plaintiff in the service of the defendant, is sufficient, although it is not stated the work was done "at the instance and request of the defendant."

Jugé :—Que quoique dans un affidavit pour *capias* le nom du créancier soit écrit "Joutras" et que dans les bref et déclaration il soit écrit "Justras," cette différence n'est pas fatale.

2o. Que l'allégué dans l'affidavit que le défendeur est personnellement endetté envers le demandeur pour ouvrages faits par lui pour le défendeur, et aussi pour gages et salaires gagnés par le demandeur au service du défendeur est suffisant, quoiqu'il n'y soit pas dit que l'ouvrage ait été fait "à la réquisition du défendeur."

Judgment rendered the 13th October, 1857.

The case was submitted upon a rule by the defendant to quash the writ of *Capias* in the cause issued, for the following among other reasons :

Because it was not pretended or alleged in or by the affidavit in the cause made by the plaintiff, and upon which the writ of *Capias ad Respondendum* in the cause was issued, that the said defendant was indebted to the said plaintiff for work and labor done by the said plaintiff for the said defendant, at the request of the said defendant.

Because it was not pretended or alleged in or by the said affidavit that the said defendant was indebted to the said plaintiff for services performed by him for the said defendant, at the request of the said defendant.

Because in the said affidavit the said plaintiff styled himself, "Paul Joutras," whereas in and by the said writ of *Capias ad Respondendum* and the declaration filed in the cause, the plaintiff was styled, "Paul Justras," whereby there was a fatal contradiction and difference between the said affidavit and the said writ and declaration.

POPE, THOS., in support of Rule. The variance between the name in the affidavit and that given in the writ is fatal ; for in bailable actions the declaration should correspond in the names of the parties and in the cause of action with the writ and the affidavit to hold to bail. (1) It cannot be said that the name is *idem sonans*. In an affidavit to hold to bail for work done, it is necessary that three elements should concur : 1o. That it be stated that the work was done by the plaintiff ; 2o. For the defendant, and 3o. at the instance and request of the latter. If either of these averments is omitted, the affidavit is insufficient. There are several authorities in support of this proposition. One on each point will be given.—I. In *Taylor vs. Forbes* (2) the affidavit of debt made by the plaintiff stated that the defendant was indebted to the plaintiff in so much “ for goods sold and delivered to the defendant.” This was objected to, because it was not stated that the goods had been sold by the plaintiff. Lord Ellenborough in making the rule to quash absolute, said : “ The strictness required in these affidavits is not only to guard defendants against perjury, but also against any misconception of the law by those who make the affidavits, and the leaning of my mind is always to great strictness of construction, where one party is to be deprived of his liberty by the act of another.

II. In *Young vs. Gatien*, (3) affidavit was made by the servant of the plaintiff, stating that the defendant, Capt. of the “ Olive,” was indebted to him in £98 for work and labor of the plaintiff, done and performed in and on board said ship, and for materials found and provided by the plaintiff and used and applied therein, and also for goods sold and delivered and money paid, laid out and expended by the plaintiff, at the special instance and request of defendant. Objected to, because affidavit did not state that work was done “ for the defendant ”

(1) 1 Arch. Prac 124.

(2) 11 East, 316.

(3) 2 Maule and Selwyn, 603.

or that goods were sold to or money paid "for the defendant." In support of the affidavit, it was argued that it could not be said that the defendant was indebted to the plaintiff, unless the money had been received by the defendant, and that the affidavit went further, for it stated that it was at the defendant's special instance and request. The *Capias* nevertheless was quashed.

III. In *Durrford vs. Messiter*, (1) the affidavit stated that defendant was indebted for money advanced, paid, laid out and expended, and for goods sold and delivered by the plaintiff to and for the use of the defendant, and for work done for and on behalf of defendant. It was objected that the affidavit did not state that the same had been done "at the special instance and request of the defendant." The objection was maintained, and in rendering judgment the Court declared that "money paid to and for the use of a defendant does not necessarily raise a cause of action, because a man cannot, of his own will, pay another man's debt without his consent, and thereby convert himself into a creditor. So the goods may, consistently with this affidavit, have been sold and delivered to a third person for the defendant's use, without his being acquainted with the transaction, and if so, he cannot be charged with them. An affidavit which is to operate in restraint of the liberty of a party ought to use unequivocal language."

In *Smith vs. Heap*, (2) it was held that in an affidavit of debt for the agistment of cattle, it must be alleged that they were agisted "at the request of the defendant." If the principle of strictness of construction was so firmly maintained under a system where much greater facilities were allowed to plaintiffs to arrest their debtors, *a fortiori*, should that principle prevail here, where arrest for debt was so odious, that it was only permitted when fraud on the part of the debtor was sworn to, and the particular circumstances

(1) M. and S. 643.

(2) 5 Dowl. Prac. C. 11.

connected therewith are set forth, no affidavit is sufficient unless it contain the three ingredients already mentioned. This affidavit does not contain these three, therefore it is bad.

CASAULT, in shewing cause against the rule, maintained that the variance in the name of the plaintiff, as stated in the writ and declaration and affidavit, could not be held fatal ; that it was a case of *idem sonans*, and could not be considered a variance, and with respect to the objection, that it was not stated in the affidavit, that the services, etc., were performed at the instance and request of the defendant, that these words were not essential where it was stated that the services were performed by the plaintiff for the defendant ; and that the money earned was in his service.

MEREDITH, J., in rendering judgment in this case remarked : that the variance in question could not be considered fatal, that the two names were similarly pronounced and conveyed the same sound, and were in point of fact *idem sonans* ; that with respect to the objection of the omission of the allegation, “ at the instance and request of the defendant,” the Court was of opinion that where it was sworn that the work and labor, or services, were performed by the plaintiff, for the defendant, the words, at the instance and request of the defendant, were not essential.

JUDGMENT :—The Court having heard the parties by their counsel upon the rule of the first of September last, granted upon the motion of the defendant to quash the writ of *Capias ad Respondendum* in this cause issued, for the reasons in the said motion mentioned, doth discharge the said rule, but without costs.

CASAULT and LANGLOIS, for plaintiff,

POPE, THOS., for defendant.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

No. 2201. { O'SULLIVAN,..... *Plaintiff*,
 vs.
 { MURPHY,..... *Defendant*.

Held :—That a temporary exception *péremptoire en droit*, to an action for the recovery of a price of sale, setting forth the existence of a mortgage on the property sold, and the filing of an opposition to letters of confirmation, is a good plea.

Jugé :—Qu'une exception péremptoire en droit temporaire, alléguant l'existence d'hypothèques sur un immeuble vendu, et qu'une opposition a été faite dans une procédure pour lettres de ratification, peut être plaidée à une action pour recouvrement du prix de vente.

— — —
 Judgment rendered the 5th of May, 1857.

— — —
 This was an action for the recovery of an instalment of the price stipulated in a deed of sale, with interest. The defendant pleaded by temporary peremptory exception that since the sale by the plaintiff to the defendant of the lot of ground sold, the defendant had applied for a judgment of confirmation of his title deed, and that the Union Building Society had made an opposition claiming to have a mortgage against the said property created by the plaintiff in favor of the said Society for sixty pounds, which said opposition was still pending, and the said mortgage existing on the said property; that the plaintiff, at the time of the institution of the action, well knew that the defendant had applied for his said judgment of confirmation, and that by virtue of the premises his right of action was suspended until the said mortgage should be discharged, and that in default of the plaintiff discharging the same the defendant had a right to apply the money sued for towards the discharge thereof; therefore the defendant prayed the dismissal of the action, for the present, with costs.

To this plea the plaintiff demurred on the following grounds:

10. Because there was no stipulation in the deed of sale that a judgment of confirmation should be obtained prior to the payment of the price.

20. That the opposition setforth did not amount to a trouble involving eviction, inasmuch as it might be successfully resisted by the plaintiff in an action *en garantie* against him (1).

It was urged on behalf of the plaintiff that the premises of the defendant's plea would justify a conclusion that the payment of the price should be suspended until the removal of the opposition, but could not dismiss plaintiff's action.

The demurrer to the defendant's plea of temporary exception was dismissed with costs.

CANNON, for plaintiff,

ALLEYN, for defendant.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

No. 982. { LAMPSON,..... Plaintiff,
vs.
SMITH,..... Defendant.

Held:—1. That in an affidavit for a writ of *Capias ad Respondendum* which shows a personal cause of action, the allegation that the defendant is "personally indebted," is not essentially necessary.

2. That in such affidavit the allegation that the plaintiff "may lose his said debt or sustain damage," is sufficient, and equivalent to the allegation "that he may be deprived of his remedy."

Jugé:—1. Que dans un affidavit pour *Capias* où il est allégué une cause d'action personnelle, les mots que le défendeur est *personnellement endetté*, ne sont pas essentiellement nécessaires.

2. Que dans tel affidavit, l'allégué que le demandeur "*perdra sa dette ou souffrira des dommages*," est suffisant, et équivalent à l'allégué qu'il "*perdra son recours*."

Judgment rendered the 13th October, 1857.

The case was submitted upon a motion by the defendant to quash the *Capias* and writ of *arrêt simple* in the cause, upon the grounds among others; that the affidavit upon which the said writs issued, contained no allegation that the defen-

(1) In support of demurrer, the following authorities were cited: 1 Bourjon, liv. 3, tit. 4, ch. 7, sec. 1, p. 478:—Pothier, Vente, No. 232:—Lacombe, vbo. Vente, p. 370.

dant was personally indebted to the plaintiff; and secondly, no allegation that without the benefit of a writ of *Capias* the plaintiff would be deprived of his remedy.

MEREDITH, Justice, in rendering judgment in this cause, remarked : That the Court had already held, that where an affidavit upon which a writ of *Capias* issued, shewed a cause of personal indebtedness, it would not consider that the words "personally indebted," were essentially necessary; and that with respect to the absence of the words, " may be deprived of his remedy," it had also been held that where it was sworn, " that the plaintiff would lose his said debt or sustain damage," the affidavit would be considered sufficient, and this allegation equal to the words, " may be deprived of his remedy."

Judgment :—The Court having seen and examined the parties by their counsel respectively upon the motion of the fifth day of September last, pursuant to notice, to quash and set aside the *Capias ad Respondendum* in this cause issued, and also to quash the writ of *arrêt simple* in this cause also issued, for the reasons in the said motion mentioned, doth reject the said motion, with costs to the plaintiff and against the defendant.

HOLT and IRVINE, for plaintiff,

PRIMROSE, for defendant.

VICE ADMIRALTY COURT.—LOWER-CANADA.

Present : the worshipful H. Black, Judge and Commissary.

MERCIER, ... *Promoter*,
vs.THE COLINA, ... *Respondent*,
andPYM, owner, ... *Intervenant*.

Held :—That the Court of Vice-Admiralty has no jurisdiction in an action by a pilot for the moving of a vessel from one point or place in the harbour of Quebec to another.	Jugé :—Que la Cour de Vice-Amirauté n'a pas de juridiction dans une action par un pilote pour le transport d'un vaisseau d'une place dans le havre de Québec, à une autre.
--	---

Judgment rendered the 7th day of July, 1857.

The action was promoted for the movage of the vessel called the "Colina," from a wharf in the City of Quebec, to a point in the stream opposite the said City.

POPE, R., as proctor for intervenant, appeared and exhibited to the above action, but, nevertheless, under protest to the jurisdiction of the Court, and under such his protest alleged the said intervenant to be the owner of the said ship or vessel; and he further expressly articulated and propounded that where the said movage was performed, was within about five hundred yards of a wharf in the said City of Quebec, and accordingly did not take place and was not performed on the high seas, but within the Harbour of the City of Quebec, and in the City of Quebec, and was therefore not within the jurisdiction of, nor cognizable by the Court of Vice-Admiralty; and in verification of what he so propounded and alleged prayed leave to refer to affidavits, exhibits and other proofs brought by him into and left in the Registry of the Court. Wherefore he prayed the worshipful Judge to admit the validity of his protest to dismiss his party from all further observance of justice in the cause, and to condemn the party promoting the same, in costs.

Judgment admitting the validity of the protest, and condemning the promoter in costs.

CASBAULT and LANGLOIS, for promoter,

POPE, R. for intervenant.

COUR SUPÉRIEURE.—QUEBEC.

Présents : BOWEN, Juge-en-Chef, BADGLEY et CHABOT,
Juges.

No. 1827. { *Ex parte*,—DEMERS,..... requerrant,
pour writ de certiorari.

Jugé :—Que sur motion pour contraindre un juge-de-peace à faire rapport des documents originaux d'une cause en vertu d'un writ de certiorari, telle motion sera accordée, mais sans frais contre le juge-de-peace.

Held;—That upon motion to compel a magistrate to return the original papers of a cause under a writ of certiorari, such motion will be granted, but without costs against the magistrate.

Jugement rendu le 5 octobre, 1857.

Sur motion de la part du défendeur dans la cause, “ qu'en autant que les deux magistrats, à qui le writ de *certiorari* émané en cette cause est adressé, n'ont pas rapporté devant cette Cour les papiers originaux composant le record dans la cause de Paquet contre le dit Demers, tel qu'il est ordonné de le faire par le dit writ de *certiorari*, il soit ordonné aux dits Laporte et Timmony de les produire ” :—la Cour a rendu le jugement suivant :

“ La Cour vu la procédure de record, après avoir entendu les parties par leurs procureurs, sur la motion de ce jour-d'hui, suivant notice de la part du dit Alexis Demers pour, qu'en autant que le dit Laporte et Timmony n'ont pas rapporté devant cette Cour les papiers originaux composant le record dans la cause de Paquet contre le dit Demers, tel qu'il est ordonné de le faire par le writ de *certiorari* émané

en cette cause, il soit ordonné au dit Laporte et Timmony de produire et rapporter devant cette Cour les originaux des dits papiers, tel que ordres, sommations, jugements, conviction et procédures, accorde la dite motion, et en conséquence adjuge et ordonne tel et ainsi que requis, mais sans dépens.

GAUTHIER et RÉMILLARD, pour Demers.

O'FARRELL, pour Paquet.

COUR SUPÉRIEURE.—QUEBEC.

Présents : MEREDITH, MORIN et BADGLEY, Juges.

No. 2227. { *Ex parte*,—TERRIEN,..... requerrant.
 ... pour writ de certiorari.

Jugé :—Que sur motion pour contraindre un juge-de-peace à faire rapport des documents originaux dans une cause sur writ de certiorari, telle motion sera accordée, avec dépens contre le juge-de-peace.

Held :—That upon motion to compel a magistrate to return the original papers of a cause, under a writ of certiorari, such motion will be granted with costs against the magistrate.

Jugement rendu le 18 avril, 1857.

Le défendeur en la cause fit motion, qu'en autant que William Ruthven, le juge de paix à qui le writ de *certiorari* émané en la cause était adressé, n'avait pas rapporté devant la Cour les papiers originaux composant le record dans une certaine cause ou le défendeur avait été condamné par le dit Ruthven à une amende, tel qu'il était ordonné par le dit writ de *certiorari*, il fût ordonné au dit Ruthven de les produire, avec dépens.

Jugement.—La Cour après avoir délibéré sur la motion du 9 du courant de la part du dit Terrien, qu'en autant que le dit William Ruthven n'a pas rapporté devant cette Cour les papiers originaux composant le record dans la cause de Henri Leclerc, contre le dit Terrien, tel qu'il lui est ordonné de le faire par le writ de *certiorari* émané en cette

cause, il soit ordonné au dit William Ruthven de produire et rapporter devant cette Cour les originaux des dits papiers, tel que plainte ou sommation, dépositions, jugements et conviction, aux dépens du dit William Ruthven, et avec dépens de la dite motion, accorde la dite motion, et en conséquence adjuge et ordonne tel et ainsi que requis, avec dépens en faveur du dit Terrien, et contre le dit William Ruthven.

GAUTHIER, pour Terrien.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before BOWEN, Chief-Justice, MORIN and BADGLEY, Justices.

No. 1233. { MOUNTAIN,..... Plaintiff,
 vs.
 DUMAS,..... Defendant.

Held:—1o. That a plea of former recovery for the same offence to a penal action, which does not set out that the first action had been instituted before the second, is bad, and is no bar to the action.

2o. That such plea will be held bad on demurrer.

3o. That no matter of defence arising after action brought can properly be pleaded in bar of the action generally, but should be pleaded in bar of further maintenance of the action.

4o. That one action not going on to judgment is no bar to another action for the same offence.

1o. Qu'un plaidoyer dans une action pour le recouvrement d'une pénalité, qu'une pénalité pour la même offense a déjà été recouvrée sans allégué, que la première action avait été intentée avant l'institution de la seconde, n'est pas valable.

2o. Que tel plaidoyer sera déclaré insuffisant sur défense en droit.

3o. Que tout moyen de défense survenu depuis l'institution de l'action ne peut être plaidé comme moyen de défense à l'action, mais doit être plaidé comme moyen pour empêcher toute procédure ultérieure.

4o. Que l'institution d'une première action sur laquelle l'on ne procède pas à jugement, n'empêchera pas l'institution d'une seconde action pour la même offense.

Judgment rendered the 18th May, 1857.

This was an action brought for the recovery of the statutory penalty of £50, under the provisions of the Provincial Statute, 12th Vic. Cap. 45, entitled: "An Act to facilitate actions against persons associated for commercial purposes, and against Unincorporated Companies," for the non-registration of the partnership entered into between the defendant and another, contrary to the provisions of the said statute.

The defendant pleaded former recovery for this offence, and payment by the defendant to the plaintiff in the former action, of one moiety of the said penalty, in accordance with the provisions of the Statute aforesaid, and the continuance of the judgment in favor of Our Sovereign Lady the Queen for the other moiety of the said penalty, due to Her Majesty, according to the terms of the said statute.

To this the plaintiff replied that the action and former recovery pleaded by the defendant were no bar to the demand, inasmuch as the action pleaded in defence by the defendant, was only instituted after the issuing of the last suit; and was an amicable action instituted at the request of the defendant himself, with the view of defrauding the plaintiff of his claim; and that if ever the defendant did pay over one moiety of the penalty so recovered against him, it was returned to him, and that the payment in question was merely a fraudulent attempt to deprive the plaintiff of recovering the amount of his demand.

The allegations of the plaintiff were established in evidence.

BADGLEY, Justice :—The demand is for the statutory penalty of £50 for the non-registration of the copartnership between the defendant and Jean Louis Martineau, at Quebec, as traders under the firm of Martineau and Dumas. The noncompliance with the requirements of the statute is not questioned, but it is sought to reject this demand by a plea of former recovery for the same offence. It appears that after the institution of the plaintiff's action, a similar action was instituted by one Guillaume Eugène Chinic against the defendant for the same offence, upon which judgment was entered against the defendant pending the plaintiff's action. The defendant sets out this second action and judgment thereon with payment of one moiety of the penalty to Chinic, and the continuance of the judgment in favor of the

Queen for the other moiety of the penalty, and concludes for dismissal of plaintiff's action. The plaintiff replies that Chinic's action was subsequent to his ; that it was a friendly action in which Chinic had no interest ; that it was caused to be instituted by the defendant himself, by his own counsel and by them conducted to final judgment, and that the whole of the proceedings, and the subsequent payment of the moiety of the penalty, were simulated and in fraud, and for the purpose of defrauding the plaintiff of his right of action against the defendant. It is sufficient to observe upon the testimony of record that the plaintiff's replication is sustained in every particular, and that judgment must be entered against the defendant. In the first place the plea is bad because no matter of defence arising after action brought can properly be pleaded in bar of the action generally, but should be pleaded in bar of further maintenance of the action. (1)

Independently of this, a personal action not going on to judgment is no bar to another action for the same cause, (2) in instance of this it is distinctly laid down that a plea of former recovery for the same offence to a penal action must set out that the plaintiff in a former action had priority of suit, otherwise the plea would be had on demurrer. (3). For if it be pleaded, the plaintiff might reply *nul tiel record*, or that it was a recovery by fraud to deprive a real prosecutor, which he cannot be prepared to shew on the general issue. (4) If the defendant plead prior recovery and the plaintiff reply *per fraudem*, and such recovery be found to be fraudulent, the defendant is liable to two years imprisonment under statute 4 Hen. 7. c. 20. Bullers N. P. 197. Judgment must go for the plaintiff.

KERR and LEMOINE, for plaintiff.

OLIVA, for Defendant.

(1) *Lee vs Levy*, 4 B & C. 390 :—Car & P., 533-575.

(2) *Pitchein vs Campbell* 2 M. Bl. 631.....

(3) *Jackson vs Gheling*, Bull N. P. 197.

(4) *Bredon, qui tam*, Harrison d. 1739.

QUEEN'S BENCH, } DISTRICT OF MONTREAL.
 APPEAL SIDE.

Before Sir L. H. LaFontaine, Bt. Chief-Justice, AYLWIN,
 DUVAL and CARON, Justices.

IRWIN, ... Appellant,
 and
 BOSTON *et al.*, ... Respondents.

In an action by the appellant against the respondents, formerly joint sheriff of the district of Montreal, setting forth the liability of the respondents, arising out of the execution by their officer of a writ of *saisie-revendication* under which certain steam-boat machinery was seized in the possession of the appellant, defendant, and also setting forth delivery thereof to the plaintiffs *en revendication*, and the neglect of the respondents to comply with an interlocutory judgment quashing the seizure, and ordering the respondents to deliver to the appellant the effects seized; also the appointment of an incompetent *gardien* and dismissal of the action *en revendication*, praying that the respondents be declared *contrainables par corps* and committed to jail until the effects were restored or their value paid, and for damages by reason of the neglect of the respondents to comply with such interlocutory judgment:

Held:—10. That the respondents were not entitled to the thirty days notice under the provincial act for the protection of magistrates and others acting in the performance of public duties. (1)

20. That this statute has reference only to actions brought for damages, *dommages-intérêt*, simply, and not to actions where damages are claimed for the nonfulfilment of a contract or of an obligation imposed either by law or by stipulation.

30. That the sheriff, as seizing officer and as *gardien* of effects seized, is subject to the same liability as the *huissier* and *gardien* under the french law, and that this responsibility does not arise from the act of 1836, but from the time when he was appointed to perform such duties in civil matters.

Dans une action par l'appellant contre les intimés, ci-devant shérifs conjoints pour le district de Montréal, alléguant la responsabilité des intimés, résultant de l'exécution d'un writ de *saisie-revendication* par l'un de leurs officiers, en vertu duquel certains mouvements d'un vapeur avaient été saisis entre les mains de l'appellant, défendeur, et alléguant aussi la livraison de tels mouvements aux demandeurs en revendication, et le refus des intimés d'obéir à un jugement interlocutoire annulant la saisie, et enjoignant aux intimés de remettre les effets saisis à l'appellant; alléguant aussi l'appointement d'un gardien incompetent, et le renvoi de l'action en revendication, et concluant à ce que les intimés fussent déclarés *contrainables par corps* et emprisonnés jusqu'à la restitution des effets ou le paiement de leur valeur, et demandant certains dommages en raison du refus des intimés d'obéir à tel jugement interlocutoire:

Jugé:—10. Que les intimés n'avaient pas droit aux trente jours d'avis en vertu des dispositions de l'acte provincial pour la protection des juges de paix et autres agissant dans l'exécution de devoirs publics.

20. Que ce statut a trait seulement aux actions en dommages-intérêts, et non aux actions où il est réclamé des dommages pour l'inexécution d'un contrat ou d'une obligation imposée par la loi ou résultant d'une convention.

30. Que le shérif, comme officier saisissant et gardien des effets saisis, est assujéti aux mêmes responsabilités que l'*huissier* et le gardien sous le droit français, et que cette responsabilité n'a pas son origine dans l'acte de 1836, mais date bien de l'époque où tel shérif a été commis à l'exécution de tels devoirs en matières civiles.

Judgment rendered the 1st October, 1857.

The facts of the case are sufficiently apparent from the

remarks of the Chief-Justice in rendering the judgment reported below. (1)

The following points were submitted on behalf of the appellant at the argument in appeal.

1st—That the statute 14th & 15th Victoria, c. 54, did not extend to the sheriff in the execution of *civil process*, but referred merely to magistrates, constables and others, concerned in the administration or execution of *public justice*, and to parties acting for the public generally; and that the sheriff in the execution of the writ of revendication acted as a bailee for hire, and was bound for his negligence as such bailee, and was also responsible for that of his bailiffs or agents, under the principle of *respondant superior*.

2nd—That the statute had no retroactive effect, nor could the plaintiff's action, which had accrued several years before the statute was passed, be, by any fair construction, limited to the six months referred to in the 8th section of the statute.

3rd—That even if the sheriff was entitled to the protection of the statute in the execution of civil process, yet, that by the express terms of the statute, and by the decisions under similar statutes in England, he was only entitled to notice in cases where the act complained of was done in good faith, and under a reasonable belief that he was acting in the performance of his duty. (2)

4th—That the sheriff could not claim the protection of the statute, inasmuch as he tortiously, and contrary to his duty, delivered up to plaintiffs the articles seized, and neglected to keep them safely, and to deliver them to the appellant when ordered to do so by the judgment of the court, and that for such acts and neglects he was not entitled to the protection of the statute.

(1) Vide *McPherson vs. Irwin*, 2 L. C. Reports p. 313 :—*Irwin vs. Boston et al*, 5 L. C. Reports, p. 297.

(2) 1 Bing 369 :—10 Bing 429 :—6 B and C. 734 :—5 Q. B. 747 :—7 Car and P. 373.

5th—That the judgment in appeal substantially, and indeed by its terms, decided the right of action in favor of the appellant, without the month's notice, and bound the inferior tribunal. The Court below escaped from the terms of the judgment in appeal, on the alleged ground that the want of notice could not be made matter of a *défense en droit*, but, that according to the English practice, it was sufficient to prove the notice at the trial. It was further submitted, that the words in the second section of our act, were very different from those in the third section of the English act, (24 Geo. 2. c. 44;) and that under our system of pleading the necessity of notice was fairly tested by the *défense en droit*, and decided in appeal in favor of the appellant.

6th—That the attempt to introduce under the pleadings in the cause evidence as to the work done to complete the engine and articles seized, was illegal, and the judgment below was erroneous, and should have granted the conclusions of the declaration in respect of the value of the machinery seized according to the proof of record, a discontinuance having been filed as to the damages.

Sir L. H. LaFontaine, Bart. Juge-en-Chef.—Il paraît que l'appelant s'était obligé envers la maison de MacPherson, Crane et Cie, il y a déjà quelques années, à construire une machine à vapeur qui devait être placée sur un de leurs bateaux, destiné à la navigation entre Bytown et Grenville, sur l'Ottawa. Une grande partie des pièces dont cette machine devait être composée avait été délivrée et transportée à Bytown dans l'hiver de 1848-49. Il y avait encore un certain nombre de pièces à délivrer plus tard. Elles étaient dans la fonderie de l'appelant, à Montréal, les unes finies, et les autres non encore achevées complètement, lorsque le 4 avril 1849, McPherson, Crane et Cie, prétendant en être les propriétaires, intentèrent contre l'appelant une action, accompagnée d'une saisie-revendication de ces mêmes objets.

Par jugement interlocutoire du 24 juillet, 1849, le bref de saisie-revendication fut déclaré nul, main-levée de la saisie donnée à l'appelant, et il fut enjoint au shérif de remettre à ce dernier les effets saisis. Puis un jugement rendu sur le mérite de la demande, le 22 décembre, 1851, débouta McPherson, Crane et Cie, de leur action contre l'appelant.

Les intimés qui, lors de la saisie-revendication, remplissaient la charge de shérif pour le district de Montréal, ne s'étant pas conformés à l'injonction qui leur avait été donnée par le jugement du 24 juillet, 1849, de délivrer à l'appelant les effets saisis, celui-ci a dirigé contre eux la présente action par laquelle il conclut, 1o. à ce que les intimés soient condamnés à lui remettre et délivrer les effets saisis sous tel délai qui sera fixé à cette fin, et qu'à défaut de ce faire, ils soient déclarés contraignables par corps et incarcérés dans la prison de ce district, jusqu'à ce que les dits effets soient remis et délivrés à l'appelant, ou jusqu'à ce que les intimés lui aient payés la somme de £1000 courant, pour la valeur de ces effets. 2o. A ce que les intimés soient de plus condamnés à lui payer la somme de £250, pour dommages-intérêts.

La Cour de première instance eut d'abord à prononcer sur une *défense au fonds en droit*, à l'appui de laquelle les intimés n'avaient pas allégué moins de quatorze raisons par écrit : ce que la Cour fit par jugement du 27 octobre, 1853, maintenant cette défense et déboutant l'appelant de son action, "considering that the judgment in the said declaration alleged to have been rendered in the cause of John McPherson and others against James Irwin, on the 24th day of July, 1849, ought to be enforced and carried into execution by rule or other process in that cause, according to law and the practice of this Court, and that no action can by law be brought in the manner and form in which the plaintiff hath now impleaded the defendants for the

“ *revendication* or recovery of the goods and chattels, which
 “ the defendants are therein and thereby ordered to deliver
 “ to the plaintiff.”

Sur appel, ce jugement a été infirmé par cette Cour le 12 mars, 1855, “ considering that the allegations contained
 “ in the plaintiff’s declaration in the Court below, are suffi-
 “ cient in law, if proved, to entitle the said plaintiff to the
 “ conclusions by him taken in and by the said declaration ;
 “ considering further, that the causes assigned by the de-
 “ fendants in support of the demurrer by them filed in the
 “ said Court, are insufficient in law to entitle the said de-
 “ fendants to the conclusions of the said demurrer or to any
 “ part thereof.”

Outre la *défense au fonds en droit*, il y a eu une *défense en fait*, et six exceptions péremptoires. Quelques unes de ces exceptions étant fondées sur des moyens qui avaient déjà été employés dans la *défense en droit*, il n’y a pas lieu de s’en occuper ici. La première de ces exceptions que nous avons à examiner, a été accueillie par la Cour de première instance, qui, en conséquence, a de nouveau débouté l’appelant de son action, par le jugement dont est appel, rendu le 19 octobre, 1856 : “ Considering, ” y est-il dit,
 “ that the defendants in this cause are impleaded for certain
 “ acts by them done in their capacity of joint sheriff of the
 “ district of Montreal, in the performance of their public
 “ duty as such, and that by virtue of the statute in that case
 “ provided, the writ in this cause issued ought not to have
 “ been sued out against them, for or by reason of such acts,
 “ *without notice in writing* of the said writ having been first
 “ given by the plaintiff, and that he hath failed to prove that
 “ any such notice was at any time given to the said defen-
 “ dants.”

Les intimés nous ont dit que ce jugement repose sur le statut provincial de 1851, ch. 54, intitulé : “ Acte pour
 “ amender et refondre les lois pour la protection des magis-
 “ trats et autres, dans l’exercice de leurs devoirs publics.”

En effet, pour qu'une action de la nature de celles qui sont prévues par ce statut puisse procéder valablement contre "un juge de paix ou autre officier ou personne remplissant "aucun devoir public," le statut exige (sect. 2) qu'un avis par écrit, spécifiant la cause de l'action, soit donné au défendeur au moins un mois avant que l'exploit d'assignation soit émané. L'objet de cet avis préalable est de fournir à la partie que l'on veut actionner l'occasion de prévenir cette poursuite, si elle le juge à propos, en offrant de payer un dédommagement ou compensation. (*amends*, dans la version anglaise) (sect. 3)

Il me semble évident, d'après la teneur et les termes mêmes du statut, qu'il ne s'agit que d'actions qui ont uniquement pour objet des dommages-intérêts, et non pas d'actions dans lesquelles une demande de dommages-intérêts n'est qu'accessoire à une demande principale fondée sur l'inexécution d'un contrat, ou d'une obligation imposée soit par la convention, soit par la loi. Il ne s'agit que d'actions dont l'*officier public* peut devenir passible par suite d'un fait qui constitue un tort, un délit, ou une injure, si l'on veut, par conséquent, d'un fait illégal ou non justifiable, *commis* (c'est l'expression même du statut) par cet officier dans l'exercice de ses devoirs publics : en un mot, d'une *offense dont on se plaint* ; c'est encore là le langage du statut, (sect. 8, version française). Cela résulte encore clairement des mots employés dans la 3e section, pour indiquer l'espèce de condamnation qui devra être prononcée sur une telle action : "la Cour ou le jury," y est-il dit, "rendra son jugement ou verdict en faveur du demandeur, "avec *tels dommages* qu'il jugera convenables." Ce ne sont donc que des *dommages*, qui doivent et peuvent faire l'objet de la condamnation. Il ne peut donc s'agir que d'une action dans laquelle ces dommages forment le principal et unique objet, et non l'accessoire de la demande ; enfin d'une action qui, d'après sa nature, peut être, ainsi que l'a prévu le statut, instruite devant un corps de jurés. Or,

l'on sait qu'à part des affaires de commerce, nos lois n'autorisent le recours à un jury, en matières civiles, que dans les actions qui naissent de torts, délits ou injures.

Assurément une action en revendication d'effets mobiliers, même lorsqu'elle serait accompagnée de conclusions en dommages-intérêts, comme accessoires à la demande principale, n'est pas une action qui tombe sous les dispositions du statut, une telle action, quoiqu'ayant pour objet de réclamer, comme accessoire, des dommages-intérêts, ne serait pas, je pense, de nature à être instruite devant un jury. En effet le statut de 1829, chap. 10, qui autorise le procès par un jury dans une action "pour quelque tort souffert à raison de délits ou quasi-délits," s'exprime ainsi : "action dans laquelle on aura recours à une compensation en dommages-intérêts et dépens seulement."

L'officier public, poursuivi dans les cas prévus par le statut, peut obtenir (4e section) que la *venue* de l'action soit changée, c'est-à-dire, que le procès soit instruit dans un autre district, "s'il appert à la cour ou au juge que la dite cause ne peut être décidée avec justice ou sans préjugé dans le comté ou district, ou circuit, dans lequel la dite action est rapportable." Si le statut s'applique à l'espèce actuelle, il devra s'appliquer également à toute autre contestation qu'une partie engagera avec le shérif, ou que celui-ci voudra bien engager avec elle, et cela pour la seule raison que le shérif est un officier public. Ainsi, s'il s'agit de demander au shérif le paiement d'une collocation sur des deniers qu'il a entre les mains, il faudra donc lui donner l'avis préalable d'un mois ; et si, à l'expiration de ce mois, le shérif refuse de payer, le créancier forcé d'engager une contestation avec lui sera donc exposé à voir porter cette contestation dans un autre district. Si le shérif peut agir ainsi dans un cas, il peut en agir de même dans tous les autres. Il sera donc admis à dire aux juges de la Cour dont il est l'officier : "je ne crois pas que ma cause puisse être décidée par vous *avec justice ou sans préjugé.*"

Et il aura le droit d'appeler ces juges à lui répondre : "oui M. le shérif, vous avez raison," ou bien, ce qui est plus probable : "non, M. le shérif, vous avez tort, énormément tort." Si c'est là ce que la législature a voulu dire, elle aurait dû s'expliquer plus clairement. J'attendrai donc qu'elle le fasse par un acte déclaratoire, avant d'adopter l'interprétation que les intimés donnent au statut.

Voyons quel serait le résultat de cette interprétation, dans une autre hypothèse. Supposons qu'au lieu des pièces de fer saisies, dont le shérif ne saurait sans doute que faire, à moins qu'il n'en eût besoin pour compléter une machine à vapeur dans son moulin, c'eût été un cheval de valeur, qui eût été saisi par le shérif à la requête de McPherson, Crane & Cie. Cette saisie eût pu devenir une bonne fortune pour cet officier public, s'il est amateur de chevaux. Il eut pu garder pour lui le cheval saisi, si le statut est applicable à l'espèce, et cela, nonobstant la main-levée de la saisie, et malgré la volonté du propriétaire, il lui eût suffi, pour repousser l'action, d'offrir en argent une *compensation suffisante*, et d'en déposer le montant devant la Cour. Le statut lui donnait en effet le droit d'opposer cette exception : " Dans le cas où la compensation offerte par l'officier public ne serait pas acceptée," porte la 3e section, " il pourra alléguer la dite offre comme exception ou fin de non-recevoir contre toute action intentée contre lui et motivée sur le dit writ, ensemble avec la défense ; et si la Cour ou le jury trouve que le montant offert était suffisant, il rendra un verdict en faveur du défendeur."

Voilà quel pouvait être le résultat dans l'hypothèse ci-dessus posée.

Allons encore un peu plus loin. Le statut est applicable à l'espèce, dit-on. Soit. Alors l'action du demandeur est prescrite. L'officier public a acquis la prescription de six mois. La disposition du statut est absolue. Elle porte (8e section) " qu'aucune telle action ou poursuite ne sera

“ intentée contre aucun juge, officier ou autre personne
 “ agissant comme susdit, pour aucun acte ou chose fait par
 “ lui dans l'exécution de ses devoirs publics comme susdit,
 “ à moins qu'elle ne soit commencée dans les six mois de
 “ calendrier qui suivront ” la perpétration de l'offense dont
 on se plaint.”

Le fait ou l'offense aurait été la saisie qui a été déclarée nulle, et dont on a donné main-levée. Une saisie pouvait durer plusieurs années avant que la Cour prononçât sur le mérite de la contestation entre les parties. Et bien que pendant toute la durée de cette saisie, (les effets étant sous la main de la justice,) la partie saisie ne puisse les réclamer, elle serait néanmoins exposée à les perdre, par le seul laps de six mois. Et ce serait l'officier public qui en profiterait, s'il ne voulait pas les remettre au légitime propriétaire. Peut-on raisonnablement soutenir que la législature ait voulu porter jusque-là, en faveur de l'officier public, la “ protection ” et le “ privilège ” dont-il est parlé dans le préambule du statut, comme étant les motifs de cette loi ?

La 8e section, elle seule, suffit pour repousser le système des intimés. En déclarant prescrite ou non-recevable, après un laps de six mois, l'action contre laquelle elle a pour objet de protéger l'officier public, la loi n'a eu en vue, par cela même, qu'une action née d'un fait qui y donne ouverture du moment même de sa perpétration. Cela me paraît être de la dernière évidence. Or cette action ne pouvant être celle dont il s'agit en cette cause ; il s'ensuit que le statut de 1851 ne s'applique pas à l'espèce, et que, par conséquent, l'appelant n'était pas tenu, avant de se pourvoir contre le shérif, de lui donner un mois d'avis, en supposant même (ce qui me paraît fort douteux, pour le moins,) qu'il pût y avoir quelque cas où, en matières civiles, un shérif pourrait être admis à invoquer les dispositions du statut.

C'est en vain que les intimés prétendent, d'abord, qu'ils ne sont pas responsables des actes de l'huissier Kell qui a été chargé de faire la saisie, et, ensuite, qu'un gardien ayant été nommé par Kell, suivant la loi, toute responsabilité de leur part a cessé par cela même. Ce sont là des propositions qui sont tout-à-fait insoutenables, et qui ne devraient plus être débattues, surtout en présence du statut de 1836, ch. 15, intitulé "Acte pour faire certains règlements au sujet " de l'office de shérif."

Il n'y a qu'un cas où, aux termes de ce dernier statut, le shérif puisse prétendre être exempt de responsabilité, lorsque les effets saisis ont été confiés à un gardien. Ce cas est indiqué dans la 9e section. Il y est dit que " lorsqu'un défendeur ou des défendeurs offriront un gardien ou des gardiens *sûrs et suffisants* au shérif ou coronaire, qui saisira les biens et effets de tels défendeur ou défendeurs, en vertu de tout writ de *Fieri Facias*, arrêt-simple ou de revendication, tel shérif ou coronaire *sera obligé d'accepter* le gardien ou gardiens, et *ne sera pas jugé responsable des actes* de tels gardien ou gardiens, *pourvu qu'il puisse établir et prouver* que tels gardien ou gardiens, *lorsqu'il les a acceptés étaient solvables ou réputés* être tels, au montant de la valeur des articles confiés à la garde de tels gardien ou gardiens."

Loin de prouver que le gardien nommé avait été offert par l'appelant, les intimés se sont efforcés d'établir, sans néanmoins avoir réussi à le faire, qu'il avait refusé de suggérer ou offrir un gardien. Le fait est qu'on ne lui en a pas fait la demande ; et tout ce qui s'est passé, lorsque la saisie a été pratiquée, démontre qu'on était bien loin de vouloir confier la garde des effets à une personne que le saisi aurait lui-même nommée. En effet ce n'eût pas été le moyen de parvenir au but que McPherson, Crane et Cie s'étaient évidemment proposés en faisant pratiquer cette saisie, celui de s'approprier de suite les effets saisis, quelles qu'en fussent

les conséquences. D'un autre côté, le gardien nommé eût-il été offert par le saisi, cela n'eût pas été suffisant pour soustraire les intimés à toute responsabilité. Il lui eût été nécessaire encore de prouver la solvabilité du gardien, lors de sa nomination. Ils n'ont pas même tenté de le faire.

La responsabilité du shérif, comme officier saisissant, ou comme gardien des effets, ne date pas du statut de 1836 ci-dessus cité. Du moment que cet officier a été appelé à remplir, en matières civiles, les devoirs de l'huissier, ou du gardien, sous l'ancien droit français, il a été assujéti à la même responsabilité qui atteignait ces derniers. En matière de saisie le shérif devenait de plein droit le gardien des effets saisis. C'est ce qui a été reconnu par l'une de nos lois statutaires, déjà assez ancienne, puisqu'elle remonte à l'année 1787. Je veux parler de l'ordonnance de l'ancien Conseil Législatif, 27 Geo. 3. chap. 4, qui porte (11e section) qu'à moins de l'exercice de certaine faculté donnée au saisi, celle de fournir caution, "les effets ainsi " saisis-arrêtés resteront sous la garde du shérif ou huissier, " pour satisfaire au jugement."

Si les intimés se fussent rappelés ce qui a été jugé à Québec en 1813, dans la cause de McClure contre le shérif SHEPPERD, (Stuart's Reports, p. 75), cause tout-à-fait analogue à la présente, ils se seraient, sans nul doute, abstenus de soulever des questions décidées depuis longtemps, parfaitement en accord avec les principes qui doivent régir cette matière. Une note du rapporteur, à la page 79, nous apprend que, dans cette cause de McClure contre Shepperd, il y eut appel à la Cour provinciale d'appel, et ensuite à Sa Majesté en conseil, et que sur l'un comme sur l'autre de ces appels, la décision de la Cour du Banc du Roi pour le district de Québec fut confirmée.

Dans cette même cause on a reconnu que le propriétaire des effets saisis a la voie de l'action directe contre le

shérif pour les revendiquer, ou en réclamer la valeur, après que la saisie est déclarée nulle, et que main-levée en est donnée. Du reste, il faut bien remarquer que, dans l'espèce, ce n'est pas parceque le shérif a agi illégalement en saisissant les effets de l'appelant, que celui-ci réclame contre lui. Point du tout. Le shérif était obligé d'opérer cette saisie, du moment qu'il en recevait l'ordre par le mandat de saisie-revendication. Cet ordre lui servait de justification, pourvu qu'il l'exécutât dans les formes légales. Il continuait d'avoir la garde des effets saisis, sans pouvoir être recherché à cet égard, aussi longtemps que la saisie devait subsister. Mais du moment que la saisie était mise à néant, que l'appelant en obtenait main-levée, et que le shérif recevait l'ordre de lui remettre les effets saisis, dont il avait ou était censé avoir la garde ou la possession, son devoir, résultant de l'obligation que la loi lui impose en pareil cas, était d'obéir à cet ordre, de l'exécuter, en remettant au saisi ces mêmes effets. C'est parce que les intimés n'ont pas, dans la présente espèce, rempli cette obligation, qu'ils sont aujourd'hui actionnés par l'appelant ; et ce droit d'action a déjà été reconnu par cette Cour. Les conclusions du demandeur doivent donc être maintenues, si les faits articulés dans la déclaration de l'appelant sont prouvés.

Quant à cette preuve, je dois dire qu'elle me paraît complète, et que, par conséquent, sur le fonds de sa demande, l'appelant doit obtenir une condamnation contre les intimés.

L'huissier Kell a été, par un ordre signé des intimés, chargé d'exécuter le mandat de saisie-revendication. David L. McPherson, de la maison McPherson, Crane & Cie, s'est rendu sur les lieux pour aider à l'opération, avec une espèce de *posse comitatus*, composé de commis, de journaliers et de charretiers au service de leur société, ces derniers ayant leurs voitures prêtes pour enlever et transporter ailleurs les effets qu'on allait saisir. C'est le même David L. McPherson, qui a fourni à l'huissier, recors et gardien, tous gens

employés par lui et ses associés, et inconnus jusqu'alors à l'huissier saisissant. Le gardien était un de leurs commis, et le neveu des McPherson, ou généralement réputé l'être. Il paraît même qu'il était mineur. L'huissier Kell dit dans son procès-verbal, qu'il a constitué *gardien*, Alexander McKenzie " nommé et fourni par le dit David L. McPherson, l'un des demandeurs." Aussitôt la saisie faite, on a chargé les effets dans les voitures, et McPherson les a fait transporter à la fonderie de M. Parkyn, dans le faubourg de Québec, pour y faire parachever ce qui pouvait rester à faire pour rendre quelques-unes des pièces saisies propres à servir à leur destination. De la fonderie de Parkyn les effets ont été transportés, par l'ordre de McPherson, Crane et Cie, à bord de leur bateau à vapeur sur l'Ottawa, et depuis ce temps ils sont restés en la possession de ces derniers.

Les intimés prétendent que n'ayant jamais eu, de fait, la garde ni la possession de ces effets, ils n'en doivent pas être responsables. Cette prétention est tout-à-fait insoutenable. Les intimés ont eux-mêmes admis, en répondant sur *faits et articles*, que l'huissier Kell était ce qu'on appelle ordinairement un huissier du shérif. Du reste l'assertion des intimés qu'ils n'ont pas eu connaissance de la saisie, et qu'ils n'ont pas eu la garde des effets, est en contradiction directe avec leur propre rapport des procédés sur le mandat de saisie. " We do hereby certify and return that under and " by virtue of the writ of saisie-revendication.... we have " attached and seized in the possession of James Irwin, in " in the said writ named, as belonging to John McPherson " and others, in the said writ also named, all and every the " goods, chattels and effects mentioned and set forth in the " schedule marked A hereunto annexed, being the *procès-verbal* of seizure thereof; all which said goods, chattels " and effects so attached and seized we have put into the " guardianship of Alexander McKenzie, of the city of " Montreal, in our district, gentleman, to abide the order of " this honorable Court."

Enfin cet ordre a été prononcé. Les intimés doivent remettre à l'appelant les effets saisis ou lui en payer la valeur.

Je dois à présent dire un mot d'une autre prétention des intimés, qui, à mon avis, n'est pas plus soutenable que les autres. Elle a été émise bien tardivement, car il n'en est pas question dans les exceptions péremptoires ; cela seul devrait suffire pour en interdire l'examen. C'est à l'enquête que l'intention des intimés de faire valoir cette prétention commence à apparaître. Une certaine somme de deniers a été payée à Parkyn par McPherson, Crane & Cie, pour les ouvrages qu'il y avait encore à faire, lors de la saisie, pour rendre quelques-unes des pièces saisies propres à servir à la machine à vapeur. Les intimés prétendent que l'appelant doit souffrir sur la somme qui pourra lui être adjugée contre eux pour la valeur de ses effets la déduction de celle qui a été ainsi payée à Parkyn. Accueillir cette prétention de la part d'une partie qui a été étrangère au contrat intervenu entre l'appelant et McPherson, Crane & Cie, et qui n'a aucun droit de s'immiscer dans cette affaire ; prononcer contre l'appelant la déduction qui est ainsi demandée, sans qu'il ait occasion de débattre ses droits avec l'autre partie à ce contrat, puisque cette partie n'est pas en cause ; ce serait décider d'avance et bien injustement, au préjudice du premier, au profit d'un étranger, et en faveur de McPherson, Crane & Cie, quoiqu'absents, ce qui pourrait recevoir une solution toute différente dans une contestation qui serait engagée à cet égard entre ces derniers et l'appelant, ceux-ci étant les seuls entre lesquels une telle contestation pourrait être valablement engagée. Ce serait admettre une créance qui peut-être n'existe pas ; ce serait déclarer l'appelant débiteur de McPherson, Crane & Cie, lorsqu'il est peut-être leur créancier ; et cela, sans que ces derniers aient formulé aucune réclamation, et sans même que l'appelant ait eu l'occasion de faire valoir ses droits contre eux, en ce qui regarde l'exécution de leur contrat. Et le

shérif, quoiqu'étranger lui-même à ce contrat, voudrait néanmoins en exciper aujourd'hui, et encore, sans l'avoir même invoqué dans ses exceptions. C'est là une prétention tout-à-fait inadmissible. L'obligation des intimés est de remettre les effets en entier, ou d'en payer la valeur totale, sauf le recours qu'ils peuvent avoir contre qui de droit.

ATLWIN, Justice.—The pretensions of the respondents cannot be maintained by this Court. The object of the statute was to afford magistrates and others, acting in the performance of their public duty, the occasion of tendering amends in cases where it is attempted to hold them liable in damages for their acts. In the case before us, the appellant seeks to recover his own property, seized by the sheriff under a process which has been set aside, or the value of such property, and the nature of the action excludes the idea of notice. The sheriff, in neglecting to obey the order of the Court to deliver up the property, was not acting in the performance of his duty, but on the contrary, neglected to perform a duty imposed on him as well by law, as by the order of the Court. Supposing a sheriff to refuse bail in the case of a party arrested on a *capias*, or to demand excessive bail, or to refuse to pay monies under a judgment of the Court, will it be pretended he is entitled to the notice referred to in the statute in such cases? And in this case, if he is to be allowed to disobey the order of the Court and to demand notice of action, as if he had been performing his duty, the sheriff, who is the right hand of the Court, would in effect be setting the authority of the Court at defiance. As to the sheriff's responsibility for the acts of his bailiffs, the law imposes on him this responsibility. The property was in his custody. He has the right to exact and to take care to get security from his bailiffs, and it is in vain for him to seek to force the appellant to wage his recourse either against the plaintiff or against the bailiff or *gardien*. The plaintiff may be a foreigner, or not worth a

shilling. The bailiff merely performed the duty of the sheriff himself in making the seizure, and the gardien was named without demand on the appellant to name one, and the one named appears to have been in the employ of the plaintiff *en revendication*, and to have left the country. It is manifest that the appellant had the right to the immediate restoration of his property, and the detention of it for an hour after the order for its restoration cannot be justified. The appellant suffered damage by his being so long deprived of his property, but this damage does not come up here, as his demand in damages has been discontinued. It is in my view of the case evident that the Court below misinterpreted the statute.

DUVAL, Justice, entirely concurred in the opinions expressed, and as to the cases in England referred the counsel to 2 Chitty's General Practice, p. 64 ; 1 Tidd. p. 33 ; 7 Edit.; 1 Barn. and Alderson, p. 42 ; 2 M and S. p. 259 and 3 Burr. To entitle a party to notice under similar statutes there, he must have acted, if not within the strict line of his duty, at least under a reasonable and *bond fide* opinion that he was so acting. In this case the officer acted in direct violation of his duty, and might have been punished for a contempt of Court. It would be unsound policy to afford protection to an officer who has wilfully disobeyed the writ of which he was bearer.

Jugement.—Considérant que les effets, qui font l'objet de la présente action, sont des effets qui appartenaient à l'appelant, et qui en avril mil huit cent quarante-neuf avaient été injustement saisis-revendiqués à la poursuite de McPherson, Crane et compagnie, dans une cause où ils s'étaient portés demandeurs contre le dit James Irwin.

2. Considérant que la dite saisie-revendication a été déclarée nulle, et les dits McPherson, Crane et Compagnie déboutés de leur demande ; qu'il a été enjoint aux intimés, qui, en leur qualité de shérif du district de Montréal,

avaient exécuté la dite saisie, de remettre et délivrer à l'appelant les dits effets qui avaient été ainsi saisis par l'huissier Kell, employé à cette fin par les dits intimés, et qui avaient ensuite été confiés à un gardien nommé par le dit Kell, des faits duquel huissier et duquel gardien les intimés sont responsables.

3. Considérant que les intimés ne se sont pas conformés à l'injonction qui leur avait été donnée de remettre et délivrer à l'appelant les dits effets ainsi saisis ; que par conséquent la présente action qui a pour objet d'en faire la revendication ou d'en obtenir la valeur en argent est une action qui, dans l'espèce, procédait valablement contre les intimés ; que pour être admis à diriger cette action il n'était pas nécessaire de donner aux intimés l'avis préalable d'un mois qui dans certains cas est prescrit par le statut de mil huit cent cinquante-un, chapitre cinquante quatre, l'espèce actuelle ne tombant pas sous les dispositions de cette loi.

4. Considérant par conséquent que dans le jugement dont est appel et qui déboute l'appelant de sa dite action à raison du défaut d'un tel avis il y a mal jugé, et considérant de plus que l'appelant s'est désisté de cette partie de ses conclusions par laquelle il réclamait des dommages-intérêts ; que la valeur des dits effets a été prouvée être de la somme de cinq cent soixante livres dix chelins, cours actuel, de laquelle il convient néanmoins de déduire celle de vingt cinq livres, même cours, pour tenir lieu de la valeur des ouvrages qu'il restait à faire pour rendre quelques-uns des dits effets propres à leur destination, infirme le susdit jugement, savoir : le jugement rendu le dix neuf octobre mil huit cent cinquante-six par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, avec dépens sur le présent appel contre les intimés, et cette Cour procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, condamne les défendeurs, (intimés) conjointement et solidairement, à remettre et délivrer au demandeur, sous quinze jours de la si-

gnification du présent jugement tous les susdits effets lesquels sont mentionnés dans la déclaration comme suit &c., et adjuge et ordonne qu'à défaut de ce faire dans le susdit délai les dits défendeurs, et chacun d'eux, soient contraints par corps et emprisonnés dans la prison commune du dit district jusqu'à ce que les dits effets soient remis et délivrés au dit demandeur, (l'appelant) ou jusqu'à ce que les dits défendeurs lui aient payé la somme de cinq cent trente-cinq livres, dix chelins, dit cours, pour lui tenir lieu du prix et valeur des dits effets, quoi faisant ils seront valablement déchargés, et condamne les intimés aux dépens de l'action en la Cour Supérieure. (1)

(1) Note of the opinion of the judges in the Court below.

DAY, Justice :—This action is brought against Beaton and Coffin jointly and severally, as having been joint sheriff of this District, for not delivering up to the plaintiff certain effects seized under a writ of revendication which was quashed by the Court, and praying that the defendants be committed to jail until the effects are delivered or their value paid. The sheriff, amongst other pleadings, set up that he was entitled to the thirty days notice referred to in the act (14 and 15 Vict. cap. 54, and upon this point alone the court must dismiss the action. It is contended that the judgment rendered in appeal on the *défense en droit* filed in this cause, settled the point that no such notice was necessary, but, notwithstanding the terms of the judgment in appeal, we think that the question as to the necessity of *alleging* such notice in the declaration was the only point settled, and not the necessity of the notice itself. After repeated attempts to draw some line defining the limits within which parties acting in the performance of their public duty are to be protected by the statute, I can fix no such line. Nor does the statute fix any. It protects all magistrates and others acting in the performance of their public duty, and covers this case.

The notice should have been given, and there being no proof of this having been done, the action must be dismissed. This is the view the Court has adopted. The case is one of considerable doubt and will probably be carried further.

MONDELUX, Justice.—A distinction was drawn at the argument between the sheriff, as acting in the execution of a writ between private individuals, and as acting for the public in matters connected with public criminal justice. There may be something in this, but the sheriff's acts, as sheriff, all partake of a public character, and I am of opinion that in the case before us he was discharging a public duty and is entitled therefore to the protection given by the statute.

ROBERTSON, A. and G., for appellant.

STUART, H. for respondents.

QUEEN'S BENCH } DISTRICT OF QUEBEC.
 APPEAL SIDE. }

Before : Sir L. H. LaFontaine, Baronet, Chief-Justice,
 AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

MAGUIRE..... *Appellant.*
 and
 SCOTT,..... *Respondent.*

Held :—1o. That a vendor who sells to one partner, in his own individual name, and upon his own responsibility and credit, has a right to recover against the firm of which he is a member, provided the firm has benefited by the transaction, and although the vendor was ignorant of the partnership at the time he sold the goods.

2o. That in such case, answers to interrogatories upon *faits et articles* of the purchasing partner, to the effect that he applied the goods so purchased by him to the purposes of the firm, are not only admissible, but conclusive evidence to bind the firm.

Jugé :—Qu'un individu qui vend à un associé, individuellement, et sur sa responsabilité personnelle et son propre crédit, a néanmoins droit d'action contre la société dont l'acheteur est sociétaire, si la société a tiré avantage de l'achat, et nonobstant que le vendeur ne connût pas l'existence de la société lors de la vente.

2o. Qu'en pareil cas, les réponses sur interrogatoire sur *faits et articles* de l'associé faisant l'achat, comportant que les effets achetés avaient été employés au profit de la société, sont non seulement admissibles, mais forment une preuve complète contre la société.

Judgment rendered the 16th. December, 1857.

This was an appeal from a judgment rendered by the Superior Court at Quebec, on the 15th December 1856, against the appellant and one John Harvey, jointly and severally, for the sum of £51 3 4.

The respondent (plaintiff in the Court below) brought his action against the appellant and the said John Harvey, as traders and copartners, for the sum of £85 0 0, and alleged in his declaration, that, on the 19th May 1854, a deed of agreement or declaration of partnership was entered into between the appellant and the said Harvey, before Bowen and another, notaries ; wherein, after reciting that Harvey had previously thereto entered into a contract with the corporation of Quebec for the performance of certain excavations required in laying water pipes, and into a contract with the Quebec turnpike trust to macadamize a certain road, and that the same had been entered into by Harvey on behalf of himself and Maguire as co-partners : it was witnessed that the said

Harvey and Maguire declared themselves to be, and thereby became, co-partners in the said contracts, and that they should participate equally in all losses and profits, disbursements, emoluments and expenses arising out of the said contracts, and that each should furnish one half of all monies, labor, materials and other necessities required to complete the said contracts. The declaration further alleged, that in order to carry on the works aforesaid so contracted for, Harvey and Maguire required certain tools and implements which they purchased from the respondent for the said purpose in April, May, June, July, and August, 1855, to the amount of the said sum of £85 0 0, and that the same were used for the works above mentioned.

To this action Maguire, the appellant, pleaded 1o. The *défense au fonds en fait*,—and 2o. by perpetual peremptory exception in law, that if the respondent at any time sold or furnished the tools and materials (of which he, Maguire, had no knowledge) they were sold and furnished by him to Harvey, the other defendant, on his sole responsibility, undertaking and promise to pay therefor, with which the respondent was content and satisfied, and thereupon the said effects were entered in the plaintiff's books against Harvey in his own name only ; that the respondent never knew of the execution of the alleged deed of partnership until long after he had furnished the goods to Harvey, and that he, Maguire, never received or had of the respondent any effects or goods whatever.

Harvey, the other defendant made default to appear.

The respondent replied generally to Maguire's pleas.

The first step taken by the respondent at the *enquête*, was to submit interrogatories on *faits et articles* to Harvey, who answered that the goods in question had been sold to him and to the appellant ; that on some occasions when he went to the respondent's store to purchase them, he was accompanied by the appellant ; and further that the goods in ques-

tion were applied by him to the purposes of the partnership above mentioned. The respondent examined no witnesses.

The appellant examined the respondent's clerk, who proved that the goods sued for were delivered to Harvey alone, and that when he did not come for them himself, they were delivered upon his individual order : He also submitted interrogatories on *faits et articles* to the respondent, whose answers established that prior to the sale and delivery of the goods in question the appellant went into the respondent's store with Harvey and introduced him to the respondent, that a conversation ensued between them, the result of which was, that he, the respondent, agreed to sell goods to Harvey ; he admitted in his answers that he clearly understood from the conversation above mentioned, that he was to sell the goods to Harvey alone, and upon his sole responsibility and credit, and that he accordingly charged the said goods in his books against Harvey alone, and he further admitted, that the appellant in no manner undertook to become responsible for Harvey.

The appellant contended that the judgment appealed from was erroneous ; firstly, because there was no evidence to shew that the goods had ever been applied to the purposes of the special partnership between the appellant and Harvey ; that the only evidence of this was the answers of Harvey himself upon interrogatories on *faits et articles*, and that the evidence of Harvey alone, who had a direct interest in throwing the burden of half his debt upon Maguire by his answers, if admissible, was not conclusive of the partnership liability, that it ought to have been established or at least corroborated by evidence *aliunde*, and that inasmuch as the respondent had failed to do this, there was no evidence shewing that the partnership was liable or had ever benefited by the goods in question.

Secondly :—That inasmuch as it was clearly established by the answers of the respondent himself, upon the inter-

rogatories submitted to him by the appellant, that he relied upon the responsibility and credit of Harvey alone, and sold and delivered the goods sued for to him alone, and upon his sole responsibility and undertaking and promise to pay, therefore, that he could only recover against him, and not against the special partnership of which the appellant was a member ; that if the respondent were maintained in his present demand against the partnership, the position of no member of society would be safe from the acts of any designing man who might think proper to act fraudulently, by inducing any man of substance to enter into a special or particular partnership with him, and then purchase on his own account, and for his own purposes where ever he could obtain credit, and when called upon to pay for them, would instruct his creditor to sue his partner in the special adventure conjointly with him, and that he would establish the partnership liability, notwithstanding that he might have applied the whole of the goods so purchased by him to his own private use and profit, and by this means relieve himself, at least, of one half his debt, by throwing it upon the shoulders of his unconscious partner, who might all the time have been kept in utter ignorance of both the purchase of the goods and the manner in which they had been applied ; that inasmuch as the respondent had given the credit to Harvey alone, and upon his sole responsibility and undertaking, he should be compelled to proceed against him, being the party with whom he had contracted, and if he recovered against him, then, if Harvey could make out that he applied the goods so purchased by him to the purposes of the partnership with the appellant, no principle of law was clearer than that he could recover in an action for contribution against the appellant, his partner, to the amount of his share in the partnership concern, but, in order to do this, it was very clear that he would have to establish the partnership liability by other evidence than his own answers upon interrogatories as he had been permitted to do in the present case ; and that if he were permitted to establish the

action, he would, in effect, at the same time, be relieving himself of the payment of the half, if not of the whole of his individual debts, by making others liable with himself by means of his own evidence, and by this means derive the further advantage of being relieved from the expense of incurring costs in a groundless action of contribution against alleged co-partners; that Harvey was therefore directly and immediately interested in establishing the respondent's case, and that, therefore, his evidence was inadmissible, and, under any circumstance, not conclusive to bind the partnership. The appellant cited the following authorities, among others, in support of his argument.

Mant vs. Mainwaring, 2 Moore, 9 :—*Evans vs. Yeatherd*, 2 Bing., 193 :—*Goodaire vs. Breame, Peake*, 175 :—*Young vs. Bairner*, 1 Esp. 153 :—*Hudson vs. Robinson*, 4. M and S. 475 :—*Brown vs. Lewis, and Stokes vs. Whittaker*, 1 Sim. 376 :—*Emly vs. Lye*, 15 East, 7 :—*Ex parte Bolitho*, Buck. 100.

The respondent maintained that the mere debiting of the goods in his books to the partner, Harvey, did not show that credit was given exclusively to him; and that any presumption that credit to any one was given, exclusively, was rebutted by the attendant circumstances disclosed in the evidence; that had credit been given to Harvey alone, the respondent's right of action against any other partner or partners would not thereby have been defeated; that participating in the profits of the undertakings referred to in the deed of co-partnership, and being bound by the terms of his agreement to furnish his share of the labor, materials and other necessities required to complete the contracts, the appellant must be considered to have stood in the position of an undisclosed principal who had contracted in the name of an agent, and was liable with the acting and ostensible partners for the satisfaction of the debts and liabilities of the co-partnership, upon the well known maxim, *qui sentit commodum sentire debet et onus*. The respondent cited the following authorities in support of his pretensions.

" Partners are mutual agents of each other in respect of things relating to the partnership. The act of one is the act of all, and all are liable to third persons on the contract of any one, within the apparent scope and object of the partnership."—Story on Sales, S. 119.

" In the case of a partner, credit will only be deemed to be exclusively given to one, when given with a full knowledge to the party with whom he deals, of all the partners."—Ib. S. 122.

" Any person, therefore, who secretly connects himself with a firm, in partnership, furnishing capital, labor, or skill, and secretly receiving or reserving to himself a participation in the profits of the business, stands in the position of an undisclosed principal, who has contracted in the name of an agent and is liable in common with the acting and ostensible partners for the performance of the contracts and the satisfaction of the debts and liabilities of the co-partnership, upon the oft repeated maxim "*qui sentit commodum sentire debet et onus*." It is said, moreover, as a further ground and reason for his liability, that a part of the profits takes from the creditors of the partnership part of the fund which is the proper security to them for the payment of their debts, and ought, therefore, to be made liable for the losses, if losses arise."—Addison on Contracts, p. 492.

" There is, however, an important distinction to be attended to as regards the liability of a secret partner upon bills of exchange, promissory notes, and agreements *inter partes*. In the case of bills and notes, the dormant partner cannot be made liable, as we have already seen, unless the name upon the face of the instrument is the trading name of the firm, or a name adopted and used by the firm at large in bill transactions. But in the case of simple contracts *inter partes*, the secret partners may be sued, although the contract is made in the name of one only of

“ the partners, and the firm has not previously recognised
 “ any contracts made in his name alone as partnership con-
 “ tracts.”—[b.

“ A partner cannot, of course, be charged with payment
 “ of the price of goods sold and delivered to the co-part-
 “ nership before he became a member of it, but if goods
 “ are delivered with his knowledge and assent after he has
 “ become a partner pursuant to a previous order or contract
 “ for the purchase of them, he then becomes liable with the
 “ other partners for the payment of the price of them, just
 “ as if he had been a partner from the beginning, such sub-
 “ sequent assent being equivalent to a previous autho-
 “ rity.”—Addison on Cont. 489.

“ Thus, if one purchases goods, and immediately they are
 “ used as the property of the firm, there would be a pre-
 “ sumption that they were bought by him as a partner and
 “ for the firm.”—Parson's Mer. Law. p. 179.

“ One partner will be liable in respect of the particular
 “ *undertakings* of his co-partner, made with reference to
 “ business transacted by the firm.”—Collyer's Partnership.
 237.

M. Pothier (Contr. de Société, no. 9) expresses his opi-
 nion that “ un créancier n'a d'action que contre celui avec
 “ qui il a contracté, et non contre ceux qui ont profité du
 “ contrat, suivant la loi 15, C. *Si certum petatur*, et n'a, à
 “ l'égard des autres associés, que la voie de saisir entre
 “ leurs mains ce qu'ils doivent à son débiteur pour raison
 “ de cette affaire.” But M. Merlin, (in his *QUESTIONS DE*
DRONT, vo. “ Société,” § 2 ; p. 550.) observes :—“ Mais
 “ défions-nous de cette doctrine ; quoique appuyée sur l'au-
 “ torité d'un grand nom, il est possible qu'elle ne soit
 “ qu'une erreur,” and (p. 552) M. Merlin speaks of Savary,
 Bernier, Jousse, and Bourjon as differing in opinion from
 M. Pothier.

“ Ce qui fonde, dans le cas où elle a lieu, l'action des tiers contre les associés inconnus ce n'est point le contrat fait avec le maître extérieur de leur société, *mais bien l'emploi des choses provenant de ce contrat.*”—Ib. 553.

“ Aussi cette action n'est-elle pas *de contracta*, mais *de in rem verso* ; et elle n'a point d'autre principe que cette règle du droit naturel, qui défend à tout homme de s'enrichir aux dépens d'autrui.”

“ C'est ce que prouve clairement la loi 82, D. *pro socio*.—Le titre d'associé, dit-elle, ne suffit pas pour obliger celui qui en est revêtu, aux dettes de son associé ; il faut de plus, lorsque le contrat n'a pas été fait au nom de la société, que les deniers en aient été employés aux affaires communes : *Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.*”

“ Mais par une conséquence nécessaire du même principe, quand on justifie de l'emploi des deniers au profit de la société ; quand il est prouvé que les deniers empruntés par l'un des associés, en son nom seul, ont été versés dans la caisse commune, *in communem arcam*, chacun des associés est tenu ; le fait de l'un est regardé comme le fait de l'autre : *per socium ære alieno socius obligatur.*”—Ib. 553.

“ Il est donc bien constant que, dans le cas d'une société anonyme, l'associé qui emprunte ou qui achète seul et en son nom singulier, ne laisse pas de lier ses associés secrets, dès qu'il existe des preuves de l'emploi des deniers ou des marchandises au profit de la société.”—Ib. 554.

M. Merlia states that such is not only the opinion of Voet, but also of Mornac and of Bourjon : and (at p. 555) cites at length a case almost identical with that now under the consideration of the Court.

Pagniez and Labbé, by deed bearing date the 20 April 1779, contracted, for a certain price, to build a windmill for the sieur Carondelet. Timber being needed for the work, it was furnished by Lenglet, a merchant, who treated with Pagniez alone. The account was entitled: "Statement of timber delivered for the mill of Vielly, belonging to M. de Carondelet, undertaken by Louis Pagniez."

Lenglet had contracted with Pagniez alone, and knew nothing of Labbé.

An action having been brought against Labbé, for the purpose of obtaining a judgment against him *solidairement*, as a partner of Pagniez, for the payment of the timber in question, two judgments to that effect were pronounced at Cambrai.

Labbé appealed to the parliament of Douai, alleging; 1o. That the contract of the 20th. April, 1779, did not establish a partnership between him and Pagniez; and 2o:— That even if he had been a partner with Pagniez, it sufficed that Lenglet had not contracted with the partnership, but with Pagniez alone, to bar any action against him, Labbé, and therefore Lenglet remained in the position of having no other debtor than Pagniez alone.

Of these grounds, the second made no impression, for it was proved that the timber was sold and delivered for the building undertaken by Pagniez and Labbé. But the second ground was at first maintained by a majority of voices, and Labbé was dismissed from the demand, "en affirmant que, de lui à Pagniez, il n'était intéressé que pour son travail, et ne devait qu'en recevoir le salaire purement et simplement."

It was thus distinctly held that, to discharge Labbé from the suit, it was not sufficient that the delivery of the timber should have been made to Pagniez alone, and in his private name, and that if it had not appeared from the affirmation of Labbé that he had not been a partner of Pagniez, he, Labbé, would have been condemned.

The plaintiff, considering that he had sufficiently proved the partnership put in issue by Labbé, carried the cause by appeal *aux chambres assemblées*. And in fact, he established by different documents, as well as by the *aveux judiciaires* of Labbé, that the latter had been a partner of Pagniez in the construction of the mill, and thence he concluded that it was a matter of indifference whether, or not, he, Lenglet, had made the delivery to the partnership by name.

“ This objection (he urged) would be good only in the case where the timber delivered by Lenglet had not been employed for the benefit of the partnership. But it was evident that the timber for which payment was demanded was used in the building of the mill which Labbé and Pagniez undertook together in partnership, and, such being the case, it was an incontestable principle that the partners were jointly and severally liable for the payment of that which had turned to the benefit of the partnership : *Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.* ”

M. Merlin adds that these details shew that Labbé, in pleading his cause, pleaded precisely the system of Pothier, and that, on the other hand, the plaintiff, refuting the arguments set up by Labbé, established the grounds of the opinion embraced by Voët, Mornac, and Bourjon.

The parliament of Douai, by *arrêt* rendered the 29th. March, 1783, Chambres Assemblées, declared that there was error in that of the 20th. March, 1782, and, in consequence, confirmed the two sentences of the Judge at Cambrai who had condemned Labbé, as a partner, to the payment of the debt contracted by Pagniez.

“ Il est donc jugé solennellement qu'un associé anonyme peut être poursuivi par le créancier avec qui son associé a contracté seul et comme simple particulier, pourvu que

“ la chose ait été employée au profit de la société.”—
Ib : 555.

The Court in rendering judgment in this case remarked, that his honor Mr. Justice Caron dissented from the opinion of the majority of the Court.

CARON, Juge, *dissentiente*.—La présente action est portée contre Harvey et Maguire, comme associés, pour marchandises vendues et livrées à leur société, laquelle avait été formée par acte du 19 mai 1854, devant Bowen, notaire ; les dites marchandises vendues et livrées en avril, mai, juin, juillet et août 1854, ayant été employées pour les fins et à l'avantage de la dite société au montant de £85.

Dans l'acte de société il est déclaré, et dans la déclaration il est allégué, que les contrats avec la corporation de la cité de Québec, et avec les commissaires des chemins à barrières, avaient été faits par Harvey seul, mais qu'ils étaient faits pour les deux, qui devaient partager les avantages et les pertes par égales portions.

La défense est, que tout en admettant la société telle que constatée par l'acte, les effets dont le paiement est réclamé, n'ont pas été vendus à la société, mais à Harvey seul, à sa demande et requisition, crédit lui ayant été donné à lui seul, et que la vente n'ayant pas été faite à la société, le dit appelant n'est aucunement tenu de la demande qui lui est faite, et demande le renvoi de l'action.

Le dit acte de société a été produit, il est tel qu'allégué.

La preuve orale consiste dans le témoignage du nommé Belleau, commis de Scott, qui prouve qu'une fois il y a à peu près 2 ans (il est entendu en avril, 1856,) ce qui ferait avril, 1854), Maguire et Harvey sont tous deux venus au magasin de Scott, que Maguire eut avec Scott une conversation qu'il n'entendit pas, qu'il ne les a vus tous deux que cette

fois au magasin, que les effets du compte ont été vendus et livrés à Harvey seul ou à son ordre :—ce témoignage qui est le seul dans la cause, est favorable aux prétentions de Maguire, lorsqu'il dit que ce n'est pas à lui que la vente et livraison des effets ont été faites, mais bien à Harvey seul et pour lui-même ; cette même prétention est également établie, en point de fait, par les réponses de Scott aux questions sur faits et articles qui lui ont été posées par Maguire, tout en disant que Maguire est venu à son magasin avec Harvey, qu'il lui a introduit ce dernier, qu'il ne savait pas qu'ils fussent en société, il dit qu'il n'a été mention d'aucune responsabilité ou promesse de payer de la part de Maguire, même il dit positivement, "That I considered that I was to charge the goods in my books to Harvey, and the charge in my books is against Harvey, alone ; " il ajoute, qu'il ne se rappelle pas du temps où il a appris l'existence de la société entre Harvey et Maguire, mais il avoue qu'il ne la connaissait pas lors de la conversation dont il a été mention, à la suite de laquelle les effets ont été vendus et chargés à Harvey seul.

De la preuve il résulte clairement que c'est à Harvey seul que la vente et livraison ont été faites, et que le crédit a été accordé, et cela après que Maguire a introduit Harvey à Scott, et a eu avec ce dernier, au sujet de la dite vente, une conversation qui a été suivie par la vente et livraison des effets à Harvey, et de l'entrée à son nom seul faite dans les livres de Scott.

Il résulte également de la preuve de Maguire, que lorsque ces faits se passèrent, Scott ignorait que Maguire fût ou dût être en société avec Harvey, et qu'à l'époque de la vente et livraison, Scott ne comptait nullement, et n'avait aucune raison de compter, sur la responsabilité de Maguire pour son paiement, mais sur Harvey seul.

Il faut se rappeler aussi que, en référant au compte de particularité et à l'acte de société, l'on trouve qu'une bonne

partie des effets en question avait été vendue et livrée et chargée à Harvey avant la formation de la société, laquelle, d'après l'acte produit, a commencé le 19 mai 1854, 'quoiqu'elle ait été formée pour partager aux pertes et profits à faire dans des contrats faits tout récemment par Harvey, contrats dont au reste la date n'est pas établie d'une manière précise.

Tels étant les faits de la cause, Maguire ne peut être tenu responsable envers Scott, que par la raison que les effets en question, vendus et livrés à Harvey seul, dans un temps où Maguire n'était pas en société avec Harvey, ou s'il l'était, Scott l'ignorait, ont été employés pour les fins de la société. Or le fait que les effets de Scott, vendus à Harvey seul, ont été pour l'usage et l'avantage d'une société ignorée par le vendeur lors de sa formation et après la vente, donnerait-il droit d'action à Scott contre cette société, pour le paiement de ses effets ?

La Cour inférieure par son jugement a été d'avis que tous les effets vendus à Harvey après la date de l'acte de société (19 mai 1854) étaient payables par la dite société, et que ceux vendus antérieurement à cette époque ne l'étaient pas. De ce jugement, dont se plaint l'appelant, s'élève la question de savoir :—Si l'associé qui contracte en son propre et privé nom avec une personne qui ignore sa société, lie par ce contrat ses associés, et donne à cette personne droit d'action contre eux, pourvu que l'objet du contrat ait été employé au profit de la société ; sur cette proposition telle que posée il existe différence d'opinion entre les auteurs, les uns prétendent que le créancier qui a contracté avec un associé, agissant en son propre et privé nom, peut avoir action directe contre tous les associés, s'il peut établir que le contrat a de fait été pour les fins de la société et a tourné à son profit et avantage ; tandis que les autres soutiennent que le contrat fait par un des associés en son propre nom ne lie pas la société, et ne donne pas d'action contre elle, même dans le cas où elle en aurait profité. A la tête de

ceux qui refusent l'action en pareil cas au créancier est Pothier, qui, en son *Traité de la Société* No. 101, dit, " Lorsque l'un des associés ne paraît pas avoir contracté au nom de la société, mais en son nom seul, quoique le contrat ait tourné au profit de la société, *pulà* si ayant emprunté en son nom seul une somme d'argent pour ses affaires, il l'a employée aux affaires de la société, celui qui a contracté avec cet associé, n'aura pas pour cela d'action contre les autres associés ; car, selon les principes de droit, un créancier n'a d'action que contre celui avec qui il a contracté, et non contre ceux qui ont profité du contrat," il se fonde sur la loi 15 du code *si certum petatur*. Cette opinion de Pothier, si raisonnable et si conforme aux principes, est combattue avec vigueur et fort au long par Merlin en ses *Etudes de Droit*, vo. Société, où il dit, " mais défions-nous de cette doctrine (parlant de celle de Pothier qui vient d'être émise) quoiqu'appuyée de l'autorité d'un grand nom, *il est possible* qu'elle ne soit qu'une erreur." Après cette déclaration il procède à faire voir que de fait cette opinion n'est autre chose qu'une erreur, et à la manière dont il le fait, il a l'air plutôt de plaider une cause dont il se serait chargé pour un client que de discuter publiquement une question abstraite de droit. Anssi Troplong s'est il chargé de réfuter Merlin, et à mon avis l'a fait d'une manière parfaite en son *Traité des Sociétés*, Nos. 772 et 779. Il s'étend sur l'autorité de Delvincourt, 225, et de Dalloz, Société No. 307 ; il cite aussi Delamane et Potvin Nos. 250 et 252. L'on peut ajouter en faveur de cette opinion le Dic. de Législation vo. Société Com. No. 70. 1 Mingalvy et Germain page 40.

L'opinion de Merlin est soutenue par Duranton, tom. 17, No. 448, et Duvergier, Soc. No., 404.

Les autorités anglaises auxquelles l'intimé nous a référé, et dont il a fourni une liste, sont à peu près dans le sens de l'opinion de Merlin : elles établissent la proposition que l'associé qui achète des marchandises sans mentionner

que c'est pour la société, la lie cependant, quoique le vendeur ignore que les marchandises fussent pour la société, et qu'il crût qu'il n'avait affaire qu'à celui à qui la vente et la livraison étaient faites. Cette doctrine qui est celle approuvée par lord Eldon dans *ex parte Emly* (Collyer ou Partnership No. 177 et note.) me paraît extrême, dénuée de raison et contraire aux règles de la justice. Si encore il était dit que ces marchandises sont entrées dans la société, et y ont servi à l'enrichir, il y aurait quelque plausibilité, quelque apparence de raison, mais dire que celui qui vend à un individu croyant n'avoir de recours que contre lui, et qui, partant, est satisfait de sa responsabilité et de la sureté qu'il lui présente, pourra poursuivre une demie douzaine de personnes avec lesquelles il ne contracte pas, qu'il ne prévoyait pas avoir jamais pour débiteurs, et cela seulement parce que, par hasard, les personnes se sont trouvées être en société avec le débiteur de ce vendeur, me paraît une proposition extraordinaire et que je ne puis sanctionner. Je suis d'avis avec Troplong et les auteurs qu'il cite, " Que quand l'associé a contracté en son propre et privé nom, les tiers n'ont pas d'action directe contre la société, quand bien même elle aurait profité de l'acte," 2 Troplong, Société, page 265, No. 776. Enfin, cela suffirait pour donner gain de cause à l'appelant, dans le cas même où il serait prouvé légalement, d'une manière suffisante, que les effets vendus et livrés à Harvey par Scott, sont entrés dans la société, et lui ont profité ; mais sur ces deux faits je trouve une absence de preuve complète, je veux dire de preuve légale. Le seul témoin entendu, Belleau, le commis de l'intimé, prouve la vente et livraison des effets à Harvey seul, et rien de plus : Harvey, interrogé sur *faits et articles*, admet bien que les effets étaient pour la société, qu'ils ont servi à son usage et que le prix en est légitimement dû par la société. Sûrement que cet aveu, fait par celui qui est le plus intéressé à jeter cette dette sur les épaules d'un autre, ne peut être regardé comme suffisant en loi, pour établir ce fait important, cette preuve est défectueuse ; la raison et le bon sens disent qu'il ne peut faire

une preuve, qui a pour effet de faire payer, par un autre, la dette qu'il a contractée en son propre et privé nom. Son aveu sur *faits et articles* à cet effet, ne peut avoir plus d'effet que n'aurait l'aveu extra-judiciaire qu'il en aurait fait : or tel aveu ne suffirait pas, comme l'établit l'autorité suivante : " De même il ne suffirait pas de l'aveu fait par " l'associé signataire de l'obligation, qu'elle était pour le " compte de la société, car il a souvent un grand intérêt " personnel à faire supporter par le fonds social, ce qui se- " rait dû par lui seul." 4 Pardessus, Droit Commercial, page 166, No. 1025. Quant aux réponses de l'intimé, qui a répondu à ce qu'on ne lui demande pas, et qui dit que les effets ont servi pour la société entre Maguire et Harvey, il ne peut se faire une preuve à lui-même par ses propres réponses ; il admet cependant, sur ce qui lui est demandé, que la vente et livraison ont été faites à Harvey, que c'est à lui que le crédit a été donné, que les marchandises ont été entrées en ses livres au nom de Harvey seul, et cela à la suite d'une conversation qui avait eu lieu entre lui, Maguire et Harvey, ce qui indique que c'était bien à Harvey, et non à Maguire, qu'il entendait avoir affaire ; ce n'est pas parce que, après avoir fait ces aveux importants, il prend sur lui d'ajouter un fait qu'on ne lui demande pas, que l'on devra prendre ce fait comme prouvé : lui l'intimé ne peut pas par ses réponses faire preuve d'un fait, qui au reste est hors sa connaissance, et relativement auquel il n'a pu être transquestionné ; il est probable que s'il l'eût été, il n'aurait pu s'empêcher de dire que tout ce qu'il savait de ce fait, il l'avait appris de Harvey, ce qui ne suffit pas d'après ce qui a été dit plus haut.

En résumé, les marchandises ayant été vendues et livrées à Harvey seul, et en son propre et privé nom, sans que Scott ait alors qu'il fût en société avec Maguire, ce dernier ne peut en loi être tenu responsable du paiement, quand même

il aurait été prouvé que ces marchands étaient, pour la
société, ou qu'elles y sont entrées, et ont servi à son usage, ou

20. Quel point de fait il n'est pas prouvé que tel a été le cas, et que ni les réponses de Harvey, ni celles de l'intime ne peuvent faire preuve de ces allégues, et que pour ces raisons, l'action de l'intime était mal portée contre Magnière, qu'elle devait être renvoyée, et que le jugement devrait être infirmé.

Douay, June 18th 1809. In the judgment of the Court below. It would be an exceedingly unjust thing, if two persons should enter into partnership, and that they should agree between themselves that the purchases should be made in the name of one, and appropriate the effects purchased to the benefit of the partnership, and when sued for them, turn round and say, that inasmuch as the sale was only made to one, the creditor should not recover against both, although they had both profited by the goods sold. It is true there is a difference of opinion among the french authors upon this point. Mr Pothier holds that when the contract is made with one partner, though the goods purchased turn to the profit of the partnership, the creditor has no right against the partnership, but all the other leading french authorities differ from M. Pothier on this point, and I think have the greater amount of reason on their side; the english authorities also will be found to coincide with those who differ from M. Pothier on this point.

The Court below has also expressed in the judgment which it has rendered in this case, an opinion entirely consistent with the principles of the law of this and every commercial country. It is said that M. Pothier differs from the other french writers upon this point, but on the contrary it will be found on careful examination that he entirely agrees with the doctrine on this point such as the other authors lay it down; what M. Pothier means is this, that where an individual purchases goods, and says I pur-

chase them for such a purpose, then the vendor in such case enters into the contract with his eyes open, and if the purchaser afterwards applies the goods to other purposes, he will not have a right to recover against any others who may have benefitted by the goods, and this doctrine is equally held by all the other great authors; but this case is not the one before the Court. In the present case the goods are purchased during the existence of the partnership and are applied to the partnership purposes; the partnership is therefore rightly sued, and the respondent has drawn out his declaration with great care, for he says that, in order to enable them to carry out their contract, they required the articles in question, and that they were purchased for this purpose.

POPE, THOS. for Appellant.

HOLT and IRVINE, for Respondent.

SUPERIOR COURT:—QUEBEC.

Before BOWEN, Chief-Justice, MEREDITH and BADGLEY,
Justices.

No. 1077.	{	POLIQUIN,.....	<i>Plaintiff.</i>
		vs.	
		BELLEAU,.....	<i>Defendant.</i>
		and	
		FIBETTE, et al.....	<i>Opposants.</i>

Held:—That the claim of a *bailleur de fonds* prior to the registry ordinance, 4 Vic. Cap. 30, is inoperative for want of registration as against a subsequent purchaser for valuable consideration, and that the case submitted is not affected by the 16, Vic. Cap. 206.

Jugé:—Que la réclamation d'un bailleur de fonds antérieure à la promulgation de l'ordonnance des bureaux d'enregistrement, 4. Vic. ch. 30, est inefficace par défaut d'enregistrement à l'encontre d'un acquéreur subséquent pour bonne et valable considération, et que dans l'espèce l'acte de la 16. Vic. ch. 206, n'a aucun effet.

Judgment rendered the 2d. February, 1857.

The nature of the case will be understood from the following remarks.

MEREDITH, Justice:—The Question to be decided in this case

is whether the holders of *bailleur de fonds* claims created before the registry ordinance (1) came into effect, but not registered as required by that law, have been relieved from the effects of such non-enregistration by the provisions of the statute 16 Vict. c. 206, and we are of opinion that they have not. By the fifth section of that statute, *bailleur de fonds* claims created after the passing of that law are required to be registered within thirty days from the date of the act creating the right of *bailleur de fonds*. By the 6th. section a delay of six months is given for the registration of the claims of *bailleur de fonds* acquired subsequently to the operation of the registry ordinance, but the law gives no delay for the registration of *bailleur de fonds* claims in force when the registry law came into effect, and makes no change in the law as regards the last mentioned class of claims. It is true that the 4th section of the statute declares "that doubts have arisen as to " the interpretation of the said ordinance with respect to " the obligations of a *bailleur de fonds* to register the deed " creating or constituting the privilege of *bailleur de fonds* " in the manner prescribed by the first and fourth sections " of the said ordinance"—but there is nothing in that section, or in any other part of the act, to change the law in relation to the registrations of any class of privileged claims in force; we must therefore hold as we invariably have held. viz: "that any privileged claim in force when the registry " law came into effect, whether resulting from a deed of " sale or from any other cause, and not registered according " to the requirements of that law, must be deemed inoperative " against any subsequent *bond fide* purchaser or mortgagee " for valuable consideration," (2) and consequently we say that the contestation of the report of distribution in this cause must be maintained.

The judgment is as follows :

The Court &c.,—Seeing that the collocation in favor of the said Joseph Fisette and Xavier Fisette is founded upon

(1) 4 Vict. ch. 30.

(2) L. C. Rep. 1 vol.

which, although in force when the registry ordinance (40 Vict. c. 30) came into effect, was not registered until the 21st Feb. 1852; whereas the hypothecary claims of the said Joseph Poliquin were duly registered in the year 1848, and considering that under the provisions of the said registry ordinance the said privileged claims of the said Joseph Fiset and Xavier Fiset must, by reason of the premises, be deemed inoperative as against the said Joseph Poliquin, a subsequent *bond fide* hypothecary claim for valuable consideration; and considering that the rights of the said parties have not in any way been changed or affected by the statute passed in the 13th. year of the reign of Her Majesty intituled "An act to amend and explain the ordinance concerning the registration of hypothecary claims in Lower-Canada," inasmuch as the said act did not grant any delay for the registration of *bailleur de fonds* claims in force when the registry ordinance came into effect, and did not relieve the holders of such claims, who had failed to register the same within the delay prescribed by law, from the effect of such neglect; doth maintain the constitution of the said Joseph Poliquin with costs in his favor and against the said Joseph Fiset and Xavier Fiset, and doth order that the said hypothecary claims, of the said Joseph Poliquin be collocated in preference to the said privileged claims of the said Joseph Fiset and Xavier Fiset, and that the said report of distribution be amended accordingly.

TASSEUR, for Poliquin.

LELIEVRE and ANGERS, for Fiset.

to read
upon
f

BANC DE LA REINE, } DISTRICT DE QUEBEC.
 EN APPEL.

Présents : Sir L. H. LaFontaine, Baronnet, juge-en-chef,
 AYLWIN, DUVAL et CARON, juges.

LE PROCUREUR-GÉNÉRAL, *pro Regina*,..... *Appelant*.

vs.

Bois, *et al.*,..... *Intimé*.

Jugé :—Que la couronne n'a point de privilège pour prêt de débetures en vertu des dispositions de la 9e. Vic. c. 62, sans enregistrement, si le prêt a été fait à tout autre qu'un incendié.

Held :—That the crown, without registration, has no privilege for a loan of debentures made under the provisions of the 9. Vic. ch. 62, if such loan has been made to a party who was not a sufferer by fire.

Jugement rendu le 12 décembre, 1857.

Les Intimés ayant fait saisir et vendre sur un nommé William Robinson une propriété située à St. Roch de Québec, l'appelant réclama collocation par privilège pour la somme de £100 que le dit William Robinson avait reçue des commissaires nommés en vertu de l'acte 9. Victoria, chap. 62, qui autorisait des prêts aux personnes qui avaient souffert des incendies désastreux de 1845, à Québec.

Robinson avait consenti, pour ce prêt, deux obligations avec hypothèque sur la propriété sus mentionnée. Ces actes n'étaient pas enregistrés. Il n'était pas un des incendiés, et avait acquis la propriété hypothéquée six mois après l'incendie de St. Roch.

Les intimés, à qui cette même propriété avait subsequmment été hypothéquée, contestèrent l'opposition de la couronne, et prétendirent que le privilège qu'elle invoquait dérogeait au droit commun et ne pouvait pas s'étendre au delà des limites que lui avait assignées le législateur, savoir : *le prêt pour reconstruire aux personnes qui avaient souffert des incendies*.

L'appelant de son côté soutenait que l'intention de la législature n'était pas d'aider et de secourir l'incendié ; mais

de reconstruire la cité de Québec, que Robinson avait employé les £100 à construire une maison à la place d'une autre qui avait été détruite par l'incendie, (ce qui était admis par les intimés) et que l'objet de la loi était accompli.

La majorité de la Cour d'appel a maintenu la contestation des intimés, CARON, *dissentiente*.

La Cour Supérieure avait été unanime.

Ross, sol.-général. *pro Regina*.

CASALTY et LANGLOIS, pour l'intimé.

SUPERIOR COURT.—QUEBEC.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

No. 1427. { ROCHE, ... *Plaintiff*.
vs.
FRASER, *et al*, ... *Defendants*.

Held:—1. That a paid warehouseman (*dépositaire salarié*) is liable for want of due care (*faute légère*) respecting goods placed under his charge.

2. That if such warehouseman plead that his store was broken into, and the goods so confided to his charge as such *dépositaire*, were stolen and taken away therefrom, the onus of proof rests with him, and he must prove the robbery clearly and satisfactorily.

3. That it is the duty of such warehouseman, to take immediate measures, after such robbery, to ascertain the extent of property stolen, and to endeavour to recover the same or to inform the proprietor thereof, so as to afford him an opportunity of taking measures to recover the property so stolen.

Jugé:—1. Qu'un dépositaire salarié de marchandises déposées sous sa garde est responsable de la faute légère.

2. Que si tel dépositaire prétend que son magasin a été défoncé, et que les marchandises ainsi remises sous sa garde en ont été emportées et volées, l'onus probandi incombera sur lui, et il sera tenu d'établir le vol d'une manière claire et satisfaisante.

3. Qu'il est du devoir de tel dépositaire, immédiatement après le vol, de constater la quantité des effets volés, et de prendre les moyens nécessaires pour les recouvrer, ou d'informer le propriétaire de la marchandise du vol, afin de lui donner l'occasion de faire les démarches convenables pour le recouvrement des effets ainsi volés.

Judgment rendered the 31th. October, 1857. :

This was an action of revendication for the recovery of a quantity of copper and yellow metal placed, *en dépôt*, in the stores of the defendants, by two persons named "Be

langer," represented by the plaintiff who purchased from them. The plaintiff alleged that 2700 lbs. of copper and 4691 lbs. of yellow metal had been placed in the store of the defendants for safe keeping ; that he had tendered to the defendants before action brought the amount of their account for the storage and safe keeping thereof, and that they refused to deliver the quantity above mentioned. The amount seized by the sheriff was 952 lbs. of copper and 4717 lbs. of yellow metal.

The defendants pleaded the general issue, and by *exception*, that if at any time the quantity of copper and metal claimed by the plaintiff, over and above what had been seized, had been deposited in the store of the defendants, it had been stolen from their store which had been broken into, and that the defendants had used all due diligence, care and watchfulness, with respect to the said copper and metal during the whole time the same remained in their store ; and that the robbery in question was a matter beyond their control, and for which they were not liable, and could not therefore be made liable for the loss occasioned thereby.

The plaintiff proved that about 2000 or 2700 lbs. of copper and 4436 lbs. of yellow metal had been placed in defendants' store.

The defendants proved due care and diligence, and that the defendants' store had been broken into, and that, from appearance, goods had been stolen therefrom and also a portion of the copper and metal in question ; that the defendants had informed the chief of police of the circumstance.

MEREDITH, Justice :—This is an action for a quantity of copper and yellow metal deposited for safe keeping in the store of the defendants, by two persons named Belanger, now represented by the plaintiff. It appears that 1720 lbs. of the two kinds of metal were stolen from the store of the defendants, and the principal question in this case (assuming

the proof of the robbery to be sufficient) is, as to whether the defendants can be held accountable for the value of the property thus stolen.

If the defendants had clearly shewn, not only that their store had been robbed of the metal in question, without any fault or negligence on their part, but also, that they had done every thing in their power to cause the stolen property to be recovered, or to enable the plaintiff to do so, they could not have been held liable for the value of the metal that is missing. (1) The defendants do not appear to be chargeable with any neglect prior to the time at which their store was robbed, but after the robbery was discovered, there was, it appears to us, such want of diligence on their part, as ought to cause them to be held liable.

M. Welch, who was in the employ of the defendants at the time of the robbery of their store, says : " Whilst I was in the employ of the defendants I know that the store, in which the copper and yellow metal were, was broken open between saturday night and monday morning, and that some boxes were opened and left empty, the packing being strewed about. It appeared to me that the persons who had made an entrance into the store had taken down a board on the wharf side of it, crept through, and that way got into the store."

Jean François Jean, the store keeper of the defendants at the time of the robbery, deposes : " Je sais que le lundi après le vol il y avait des effets qui étaient là le samedi, et qui n'étaient pas là le lundi matin ; et parmi ces effets il y avait des harengs, des couteaux et de la boisson,"

The defendants, having thus become aware that their store had been robbed, ought to have caused the different parcels of goods entrusted to their care, and in the store at the time

(1). Story on Bailments, Nos. 26, 27, 410, 444 :—Pothier, Dépôt, No. 33 :—8 Duranton, p. 35, No. 40 :—See also on this subject the Civil Code of Louisiana, Nos. 290 and 290A.

of the robbery, to be carefully examined, and had they done so, they would doubtless have ascertained that a portion of the metal belonging to the plaintiff was missing. It would then have been their duty, at the very least, to have given the plaintiff notice of what had occurred, and by a timely search, it is possible, if not probable, considering the nature and weight of the property stolen, that the plaintiff might have recovered the whole or a part of it. But nothing of the kind was done, and the plaintiff was thus deprived of any chance, which he otherwise might have had of recovering his property. We think that this want of diligence on the part of the defendants amounts at least to what is termed in law, *la faute légère*, and as the defendants were depositaries for hire, *dépositaires salariés*, negligence even to that extent suffices to cast the loss upon them. (1) The defendants are bound to show that in all respects they exercised that degree of care, relative to the property of the plaintiff, which a prudent man would be expected to exercise in relation to his own property, (2) and in the particular already averted to, we think they failed to do so.

It is also important to observe that the same neglect which prevented the plaintiff from being notified of the robbery, or any search being made for the stolen property, has had the effect of rendering the proof of the robbery itself less conclusive than it might and ought to have been: in a case of this kind it would be absurd to expect the evidence of eye witnesses as to the taking away of the metal; but we might have had witnesses, not only, that no part of it appeared to be missing on the Saturday before the store of the defendants was broken open, but also, that on the Monday following upwards of 1700 lbs. of it were certainly gone.

The defendants are, as to this point, parties urging an exception, the *onus probandi* lies upon them, (3) and in cases

(1) Pothier, *Dépot*. No. 31:—Duranton, p. 33. No. 39:—6 *Massé* No. 308:—11 *Troplong*, *Louage*, No. 916:—*Gouget et Merges*, *vbo Dépot*, No. 22

(2) *Stuart*, *Rep.* pp. 590, 591:—3 *Pardessus*, *Droit Com.* p. 625, No. 545.

(3) *Pardessus*, *Droit Com.* no. 625, p. 545, *Édit* of 1821.

of this description clear proof is required, (1) and yet in the present instance, the fact that the missing metal was not in the store immediately after the robbery is not by any means as clear as it ought to have been. Indeed there is no positive evidence to show that that metal may not have been in the premises for weeks or months after they were broken open. The storeman of the defendants at the period in question, Jean François Jean, says that after the robbery he did not observe that any part of the copper or yellow metal had been stolen.

Jean Mathieu, the storeman of the defendants when they received the metal, says that in the summer of 1855, he was asked by Mr. Wyatt, one of the defendants, who said part of the copper had been stolen, to examine it, and that he, the witness, immediately perceived that much of it had been taken away: "Je me suis aperçu immédiatement qu'il y en avait beaucoup d'ôté." From the respectability of the defendants I feel thoroughly convinced that the loss of the plaintiff's property cannot be accounted for otherwise than by the alleged robbery; but the legal proof of that fact is not as strong as it ought to have been, had the defendants taken proper precautions.

For these reasons, although I readily admit the case does not appear to my mind to be free from difficulties, I cannot avoid coming to the conclusion that the defendants must be held liable for the property entrusted by the plaintiff to their care, and which they are now unable to restore to him.

Such being the view taken of this case by the majority of the Court, the only question that remains is as to the amount to be allowed to the plaintiff.

There is a considerable difference between the value of copper and yellow metal; and it is not certain what portion of the missing metal was copper, but from the

(1) Pardessus, D. C. p. 524.

evidence generally, and more particularly from the evidence of Jean Mathieu, it seems certain that of the 1700 lbs. missing, at least 1048 were of copper, and estimating the Copper at 1s. and the yellow metal at 9d. per lb. the plaintiff, in addition to the metal in the hands of the sheriff, is entitled to £79. 9. 6, from which deducting the defendant's claim of £23. 8. 6, leaves a balance of £56. 1. 0 in favor of the plaintiff, for which, and for the metal in the hands of the sheriff, we have prepared a judgment in favor of the plaintiff.

The Court &c.,—Considering that at the time of the institution of the present action, the defendants were accountable to the plaintiff for a certain quantity of copper and yellow metal deposited in their hands as warehousemen, belonging to the said plaintiff, viz., the quantity of seven thousand three hundred and ninety one pounds, of which at least two thousand pounds were of said copper; that when the said goods were demanded from the defendants on the fourteenth day of may, one thousand eight hundred and fifty six, they were not justified in refusing the delivery thereof, or in case of deficiency, to account for the quantity wanting; that by the proceedings on the *saisie-revendication*, it appears that there was then only to be found the quantity of four thousand seven hundred and seventeen pounds, in the whole, of which was nine hundred and fifty two pounds of copper, thus showing a deficiency of two thousand six hundred and seventy four pounds in the whole, of which at least one thousand and forty eight pounds were of copper, leaving seven hundred and twenty two pounds for the yellow metal missing; considering that the defendants having proved that, while they had the keeping of the said goods, a robbery was committed in their premises, have failed to establish that they took precautions and bestowed care to ascertain whether the said goods had been stolen or not, and if stolen, to make any enquiry or search for the recovery thereof, and that they have also failed to

give any notice to the plaintiff ; that in consequence of that negligence, they have continued to be, and are still answerable for the whole quantity deposited ; that the said copper was and is worth the sum of one shilling currency per pound, and the said yellow metal the sum of nine pence currency, also per pound, making for the whole quantity missing a sum of seventy nine pounds, nine shillings and six pence, from which deducting twenty three pounds eight shillings and six pence amount of the account of defendants for storage, there remains in favor of the plaintiff a balance of fifty six pounds, one shilling, said currency, doth declare the attachment (*saisie-revendication*) in this cause made, good and valid ; and doth order and adjudge that the sheriff of this district do deliver and restore to the plaintiff, within fifteen days from and after the date of the service of the present judgment, the copper and yellow metal seized in the present cause ; to wit, nine hundred and fifty two pounds of copper, and three thousand seven hundred and sixty five pounds of yellow metal mentioned in the declaration of the said plaintiff, in this cause filed, and further the Court doth condemn the said defendants, jointly and severally, to pay to the plaintiff, for the causes first aforesaid mentioned, the said sum of fifty six pounds, one shilling currency, with interest thereon from the fifteenth day of may one thousand eight hundred and fifty six, the whole with costs : —The Court reserving to pronounce judgment on the conclusions of the declaration as respects the liability of the defendants for the value of the copper and metal seized, in case the same be not delivered up to the plaintiff, as to value and justice may appertain ; from which judgment his honor Mr. justice Badgley dissents, declaring he is of a contrary opinion.

HEARN, for Plaintiff.

STUART and VANNOVUS, for Defendants.

Before MEREDITH, Justice.

No. 1350.

	DUBOIS, et al.,.....	<i>Plaintiffs.</i>
	vs.	
	HALL,.....	<i>Defendant.</i>
	and	
	HALL,.....	<i>Incidental Plaintiff.</i>
	and	
	DUBOIS et al,.....	<i>Incidental Defendants</i>

Held :—That a party who contracts to pay a ground rent for ever, *à perpétuité*, deprives himself of the power of making a *déguerpissement*.

Jugé :—Qu'il n'est pas loisible à un preneur à bail à rente foncière, non rachetable, de se libérer du paiement de cette rente en déguerpissant l'immeuble.

Judgment rendered the 19th. December, 1857.

The plaintiffs claimed from the defendant the sum of £57 for one year of ground rent, due on the 1st September, 1857, in virtue of a deed of lease, bail a *rente foncière*, by which the plaintiffs transferred to the defendant, *à titre de bail à rente foncière, perpétuelle et non rachetable*, a certain lot of ground, upon the condition, among others, that the defendant should pay, annually and for ever, *à perpétuité*, the sum of £57, ground rent, *rente foncière, annuelle, perpétuelle et non rachetable*, on the 1st september in each and every year.

The defendant pleaded by perpetual exception that after the institution of the action, and before the entry thereof, by the ministry of a notary, he tendered the plaintiffs respectively, the amount claimed and costs, together with the rent for the payment of the current quarter, and also the rent for the following quarter in advance, at the same time declaring that he then and there abandoned and delivered up the said lot of land to the plaintiffs, to liberate himself from the said rent foncière, and also offered to restore to them the said decedent's share of the said property; the whole subject to the acceptance by the plaintiffs of the said agreement so

made by the defendant of the said lot of land, and to their granting him a discharge and a release from thenceforth, for ever, from the payment of the said *rente foncière* by deed before notaries.

The defendant also instituted an incidental cross demand alleging the same facts, and praying that the plaintiffs be condemned to release the defendant from the payment of the said *rente foncière*, and to accept the said *déguerpissement*.

The plaintiffs replied specially to the defendant's exception, and pleaded by *exception péremptoire en droit*, to the incidental cross-demand, admitting the facts alleged, but denying the right or power of the defendant to make a *déguerpissement*.

To these pleas the defendant in chief demurred. The grounds of both demurrers are in substance the same :—They are as follows :

1o. Parce que le dit défendeur n'a pas contracté une obligation personnelle en vertu des clauses du dit acte de bail à rente cité dans les dites réponses spéciales des dits demandeurs.

2o. Parce qu'en vertu du dit bail à rente le dit défendeur ne s'est obligé de payer la dite rente, que tant qu'il serait propriétaire du dit lot de terre à lui baillé par le dit acte de bail à rente.

3o. Parce que la rente foncière n'est due que par le fonds, et qu'elle n'est due par le possesseur qu'à cause de sa possession du fonds.

4o. Parce que la rente foncière est de sa nature perpétuelle et non rachetable, et que partant la clause de la payer à perpétuité serait inutile et de nul effet quelconque, et ne produirait aucune obligation personnelle.

50. Parce que la signification légale des dites clauses du dit acte de bail à rente, par lesquelles le dit défendeur s'est obligé de clore le dit lot de terre, et d'entretenir les clôtures et de payer la dite rente foncière à perpétuité, est que le dit défendeur entretiendrait les dites clôtures et payerait la dite rente, tant seulement qu'il serait propriétaire du dit lot de terre.

60. Parce que les dits demandeurs n'alleguent point dans leurs dites réponses spéciales, que le dit défendeur eût promis par le dit acte de bail à rente mettre aucun amendement sur le dit lot de terre, ce qu'il n'eût fait, ni qu'il eût promis fournir et faire valoir la dite rente, et à ce obligé tous ses biens.

70. Parce que les dites réponses spéciales ne sont pas suffisantes en droit pour répondre à la dite exception perpétuelle du dit défendeur.

MEREDITH, Justice.—The parties have been heard upon two demurrers, the question raised by the two, being the same, namely :—

Does the promise to pay a ground rent for ever, *à perpétuité*, preclude the right of making a *déguerpissement* on the part of the person so undertaking to pay such rent, the *preneur à rente*.

The defendant in the present cause (with the view probably of protecting certain water privileges belonging to himself,) acquired from the plaintiffs a strip of land upon the River Etchemin, near extensive saw mills belonging to him, the defendant, and upon condition of paying to the plaintiffs an annual and perpetual ground rent of £57. cy. The clause in the deed is as follows “ à la charge en outre
“ de payer aux dits bailleurs, leurs héritiers et ayants cause,
“ *à perpétuité*, en leur demeure actuelle en la dite paroisse
“ Notre-Dame de la Victoire, cinquante sept livres courant
“ de rente foncière, annuelle, perpétuelle et non rachetable,

“ la dite rente payable au premier de septembre de chaque
 “ année à commencer etc., pour ensuite continuer d’année
 “ en année à perpétuité.

The defendant being sued for the annual payment of the said rent due on the first of september last, offers to pay the same with the current quarter in advance, and as regards the future files a *déguerpissement*, which he prays may be declared valid. The plaintiffs by their special answer allege that as the defendant has undertaken to pay the ground rent in question for ever, à perpétuité, he has no right to make a *déguerpissement*; to this special answer the defendant has demurred; and thus the court is called upon to decide whether the undertaking to pay a ground rent à perpétuité, has, or has not, the effect of precluding the right of making a *déguerpissement* on the part of the person so binding himself to pay such rent.

The question is by no means a new one, but unfortunately our best authors have differed in opinion in relation to it. Loyseau and Pothier, after considering the arguments in favour of a contrary opinion, affirm clearly that a person agreeing to pay a ground rent à perpétuité, cannot relieve himself, even prospectively, from such obligation by making a *déguerpissement*. Pothier, after considering the undertaking of *fournir et faire valoir*, next treats “ des clauses de payer la rente à toujours et à perpétuité.” “ Ces clauses “ (observes Pothier) sont équivalentes à celles de fournir et “ faire valoir la rente. Par ces clauses, le preneur contracte pareillement, comme par la précédente, une obligation personnelle de payer à perpétuité la rente, dont il “ ne peut se libérer par le déguerpissement. C’est l’avis “ de Loyseau, liv. 4. ch. 11, n. 1. Cet auteur se fait cette “ objection; ne pourrait-on pas dire que ces clauses doivent s’entendre *pro subjectâ materiâ*, et selon la nature du “ contrat de bail à rente en ce sens, que le preneur s’oblige “ à payer à toujours et à perpétuité la rente, tant qu’il posséderait l’héritage? Non répond Loyseau, car le sens natu-

“ rel et littéral de ces termes, à toujours, à perpétuité, n’ad-
 “ met par cette restriction, tant qu’il sera possesseur ; et on
 “ ne doit s’écarter du sens littéral des termes, que lorsque ce
 “ sens présenterait quelque chose d’obscur, ou qui serait
 “ manifestement contraire à l’intention qu’ont eue les con-
 “ tractans, ce qu’on ne peut dire du sens littéral de ces
 “ clauses, n’étant point une chose insolite dans les baux à
 “ rente, que le preneur s’oblige personnellement à la pres-
 “ tation de la rente, et renonce à la faculté du déguerpiisse-
 “ ment.”

The authors of the *Nouveau Denisart* (1) express the same opinion, and the observations of Loyseau are adopted by Boutaric. (2)

On the other hand Ferrière in his commentary upon the 109 th. art. of the Custom says “ Quoique le preneur ait
 “ promis de payer la rente à perpétuité cela doit s’entendre
 “ tant qu’il sera détenteur de l’héritage et non autrement.
 “ Car ces termes, à perpétuité, étant ajoutés par les notaires,
 “ faisant partie de leur style, et n’étant pas à présumer que
 “ si c’eût été l’intention des parties elles ne se fussent ex-
 “ pliquées plus clairement ; et puisqu’il y a des doutes il
 “ les faut interpréter contre le bailleur, lequel a dû faire ex-
 “ pliquer une clause si importante, s’il voulait en profiter
 “ pour empêcher le preneur de pouvoir déguerpir.” (3) Bro-
 deau adopts the same view (4) and Merlin after alluding to
 the foregoing authorities (excepting the opinion of Pothier
 to which he does not refer) observes. “ Je crois que cette
 “ opinion (celle de Ferrière) doit prévaloir, surtout pour la
 “ raison que dans le doute sur le sens des clauses d’une
 “ rente ou d’un bail c’est contre le vendeur ou le bailleur
 “ qu’on doit les interpréter. *Veteribus placuit, pactionem*
 “ *obscuram vel ambiguum venditori et ei qui locavit nocere, in*

(1) *Nouveau Denisart*, vol. 6. verbo *Déguerpissement*, p. 127, No. 6.

(2) Boutaric, p. 273.

(3) Ferrière, art. 109. Custom of Paris, *Glos.* 1 n. 7.

(4) Brodeau sur Louset, Lettre D. S. 41.

" *quorum potestate fuit legem opertius dicere* (Loi 39. D. de pactes.) (1)

Compelled thus to choose between the opinion of Loyseau and Pothier on the one hand, and that of Ferrière and Merlin on the other, it appears to me that the reasoning in support of the former is more conclusive than that urged in favour of the latter.

Ferrière in effect merely asserts that the words *à perpétuité* are words of form, and, although Merlin regards the clause under consideration as susceptible of doubt, I cannot discover much, if indeed any thing, that is equivocal in an express promise to pay an annuity to the end of time, *à perpétuité*. Merlin himself admits that the provision of the 109th. art. of the custom is contrary to general principles, (2) it therefore ought not to be extended merely by inference or reasoning founded on any supposed analogy, and indeed the reason given in the custom for the exceptional rule which it lays down seems quite inapplicable in a case such as the present.

The 109th. art. of the custom, it is true, declares that a person taking property subject to an annual ground rent may make a *déguerpissement*; " encore que par lettres il " eut promis payer la dite rente, et obligé tous ses biens; " et s'entend telle promesse tant qu'il est propriétaire " but where, as in the present case, there is an express promise to pay *à perpétuité*, it appears to me impossible that such promise to pay *à perpétuité* can be understood as meaning that the person promising shall be bound to pay as long as he likes, and no longer, or, in other words, that he shall have a right to make a *déguerpissement* when he thinks fit. For these reasons I feel myself bound to act upon the rule laid down by Loyseau, and after due consideration of the reasons for and against it, adopted by Pothier; I there-

(1) 7, Merlin, Rép. verbo. *Déguerpissement* S. 3, No. 5, p. 668.

(2) Same Vol. of Merlin, Rép. p. 169.

fore hold that the promise to pay *à perpétuité* excludes the right on the part of the person so promising to make a *déguerpissement*.

The demurrer to the special answer is consequently overruled. I may add that although the legal question which this case presents is not free from difficulty, I feel the less hesitation in disposing of it as I have done, because considering all the circumstances of the case, and more particularly the situation and nature of the property transferred to the defendant, I think it most improbable that it could not have been the intention of the parties that the perpetual ground rent which the defendant undertook to pay should be paid by him *as long as he liked*, and *no longer*, which is in effect the pretention which he now advances.

The demurrer to the exception to the incidental demand must of course share the fate of the demurrer to the special answer.

BOSSÉ and CARON, for plaintiffs.

ROSS and BORLASE, for defendant.

BANC DE LA REINE. } DISTRICT DE QUEBEC.
 EN APPEL.

Présents : AYLWIN, MONDELET, D. et MONDELET, C. Juges.

LAPORTE, ... Appelant.

et

LES PRINCIPAUX OFFICIERS DE L'ARTILLERIE, Intimés.

Jugé, par la Cour Supérieure :—1o. Que la couronne a pu acquérir un immeuble au Canada, par la prescription de trente ans et plus, et que le véritable propriétaire pouvait interrompre cette prescription par la pétition de droit, procédure qui pouvait être invoquée dans la colonie aussi bien que dans la mère-patrie. 2o. Que dans l'espèce le demandeur se fondait sur un titre vague et incertain, et n'avait pas prouvé la possession de ses auteurs. 3o. Que le terrain réclamé dans la cause ayant été requis et occupé pour plus de trente ans pour la construction des fortifications de la cité de Québec, ne pouvait pas être le sujet d'une action pétitoire.

Jugé, par la Cour d'Appel :—Que le terrain réclamé par le demandeur, ayant été requis pour la défense du pays, et destiné et employé pour plus de trente ans à l'érection des fortifications de la cité de Québec, avait cessé d'être *in commercio*, et ne pouvait être le sujet d'une action pétitoire.

Held, by the Superior Court :—1o. That the Crown may acquire property in Canada, by prescription of thirty years and upwards, and that the real owner might have interrupted such prescription by a petition of rights, a remedy which might have been used as well in the colony as in the mother country. 2o. That in the particular case the plaintiff had a vague and undefined title, and had failed to prove the possession of his assignors. 3o. That the tract of land claimed in the cause, having been required for the defence of the country and used for thirty years and upwards for the construction of the fortifications of Quebec, could not be claimed by petitory action.

Held, by the Court of Appeals :—That the tract of land claimed by the plaintiff having been required for the defence of the country, and used and applied for more than thirty years for the erection of the fortifications of the city of Quebec, had ceased to be *in commercio*, and could not be the subject of a petitory action.

Jugement rendu le 11 Juillet 1857.

L'action de Laporte, demandeur et appelant, était une action pétitoire, dans laquelle il alléguait que les défendeurs, intimés, avaient pris possession d'un certain terrain contenant quinze arpents et demi, formant partie d'un plus grand, de dix neuf arpents, concédé par les dames religieuses de l'Hotel-Dieu à Joachim Girard, par divers actes, et notamment par un acte du 1er juin, 1740, situé en la Haute-Ville de Québec, le long du mur d'enceinte de la ville, du côté ouest, entre la rue St. Jean et la rue St. Louis ou Grande Allée ; il alléguait aussi représenter Joachim Girard, mort sans enfants, en sa qualité de cessionnaire de son père, Michel Thomas Laporte, né de Michel Laporte, époux de Catherine Girard, sœur et héritière de Joachim Girard, et

ce en vertu d'un acte de donation et cession par le dit Michel Thomas Laporte au dit demandeur, en date du 2e février 1813. Le demandeur alléguait encore la prise de possession par Joachim Girard, et la jouissance par lui et ses représentants de la dite pièce de terre, et que depuis l'année 1820, les défendeurs s'en étaient emparés illégalement. Il concluait à être déclaré propriétaire et mis en possession du terrain ainsi occupé par les défendeurs.

A cette action, les défendeurs plaidèrent, 1o. une défense en fait ; 2o. une exception alléguant toutes les espèces de prescriptions par lesquelles on puisse acquérir.

Au moyen d'une audition en droit le demandeur prétendit que la couronne ayant possédé jusqu'en 1843, date de l'incorporation de l'*ordonnance* par l'acte de la 7e Vic. ch. 11 et ne pouvant être poursuivie n'avait pu acquérir par la prescription, suivant la maxime du droit : *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Avant faire droit, la Cour ordonna la preuve.

Le demandeur établit sa filiation par un nombre de documents et de témoignages. Il établit aussi l'identité et la position du terrain en question par des plans anciens et nouveaux, des procès verbaux, par des actes authentiques et par une preuve orale. Il établit les droits de propriété de Joachim Girard, et de ses représentants, et notamment ses propres droits de propriété par des lettres patentes octroyées par le Roi de France aux dames religieuses de l'Hôtel-Dieu, la concession de 1740, à Girard, l'inventaire de ses biens, la cession faite au demandeur, et par d'autres papiers de famille. Il prouva la possession de Girard par des plans anciens, par des procès verbaux, par plus de vingt actes de concession faits par Girard de partie du dit terrain, et par nombre de témoins. Il prouva qu'en 1807-8-9-10 et 11, le gouvernement avait bâti les glacis extérieurs sur le terrain réclamé ; qu'avant cette époque ce terrain était vaste et occupé en partie de maisons ; que lors de la cession

du pays il n'y avait qu'un mur d'enceinte sans fossés, contre-escarpe ni glacis, ce qu'il prétendait un fait attesté par des témoins et par des documents historiques. Il faisait apparaître que l'occupation de ce terrain avait eu lieu par les autorités militaires anglaises depuis la conquête et après la cession du pays, et que depuis, la propriété réclamée était demeurée entre les mains du souverain jusqu'à l'époque de la passation de l'acte 7 Vic. ch. 11. De là il prétendait que les défendeurs n'alléguaient aucun autre titre que la possession de la couronne, qu'ils opposaient au titre incontestable du demandeur, et que le sujet ne pouvant poursuivre le souverain, la prescription ne pouvait être invoquée que contre celui qui a pu intenter l'action : qu'en Angleterre, le sujet a contre le souverain la pétition de droit et les *monstrans* de droit, procédures particulières aux lois anglaises qui ont lieu devant les Cours appelées : " Chancery Court," et " Exchequer Court ; " que le sujet canadien n'avait point contre le souverain la pétition de droit, ni les *monstrans* de droit, que ces procédures sont étrangères au système de lois en force au Canada, qui est le système français ; et que même il n'y existe pas de Cours qui puissent connaître de ces matières ; que l'acte de la 14e Geo. III. c. 83. sec. 8, a prescrit les lois, le recours et les tribunaux qui en Canada doivent régir les questions de propriété ; que cette 8ème section est expresse sur ce point ; qu'elle écarte toute idée d'un recours aux lois anglaises, aux tribunaux anglais, aux remèdes résultant de la pétition de droit et des *monstrans* de droit ; que l'on avait toujours été d'opinion que le recours contre la couronne, au moyen de la pétition de droit, n'existait pas en Canada ; qu'en 1824, un bill, pour remédier à cet inconvénient avait été introduit dans la législature coloniale et avait été passé par la chambre d'assemblée, mais rejeté par le Conseil. (1)

(1) Il en est fait mention dans un livre remarquable, publié en Angleterre sous le titre de " Political and Historical Account of Lower Canada, 1830," dans les termes suivants : " In Canada there is no relief for the subject against the Crown : The King cannot be sued in his own Courts. It is understood that, by decisions of our courts, public officers cannot be sued for engagements entered into by them in

Il soumettait que les principales questions à décider dans cette cause pouvait se résumer comme suit : 1o. Joachim Girard, Catherine Girard et Michel Laporte, Michel Thomas Laporte, et J. B. Laporte, son fils, l'appelant en cette cause, ont-ils établi leur droit de propriété au terrain réclamé par des titres incontestables ? 2o. La règle de droit, *contrà non valentem agere non currit præscriptio*, est-elle applicable au cas actuel, et a-t-elle pu empêcher la couronne d'acquérir par prescription, sur le principe que le demandeur n'avait point d'action contre le souverain ? au contraire est-il vrai que le demandeur avait un recours au moyen de la pétition de droit ?

ANGERS et MONK, pour l'appelant :

La pétition de droit est une procédure fondée sur une requête au Roi, renvoyée par lui à la Cour de Chancellerie, et dans laquelle le procureur-général est autorisé de comparaître et de plaider au nom du Roi ; c'est une procédure particulière au droit Anglais, qui se fait devant les Cours, dites "Chancery Court" ou "Exchequer Court" lesquelles n'existent pas dans le Bas-Canada, et qui serait contraire aux lois du pays telles qu'établies par la 14ème. Geo. III, c, 83, s. 8. "Il est aussi établi par la susdite autorité, que tous les sujets Canadiens de Sa Majesté, en la dite province de Québec, (les ordres religieux et communautés seulement exceptés,) pourront aussi tenir leurs propriétés et possessions et en jouir ensemble de tous les usages et coutumes qui les concernent, et de tous leurs autres droits de citoyens, d'une manière aussi ample, aussi étendue, et aussi avantageuse, que si les dites proclamations, com-

their public capacity, so that really the subject may suffer without a remedy. In England, there is the petition of rights, which is decided upon in legal form. The bill introduced in 1824, by a distinguished advocate, was intended to give a similar relief to the subject there. *It however failed in the legislative council*"

"The officers of the Crown always are careful to confound their own rights with those of the King himself ; they studiously guard themselves from attack and control, under shelter of the constitutional maxim, that the King is not answerable for his conduct ; and exclaim that his Majesty's dignity is insulted, when their own evil deeds are censured."

“missions, ordonnances et autres actes et instruments, n’avaient point été faits, en gardant à Sa Majesté la foi et fidélité qu’ils lui doivent, et la soumission due à la couronne et au parlement de la Grande-Bretagne : et que dans toutes affaires en litige, qui concerneront leurs propriétés et leurs droits de citoyens, ils auront recours aux lois du Canada, comme les maximes sur lesquelles elles doivent être décidées : et que tous procès qui seront à l’avenir intentés dans aucune des Cours de Justice, qui seront constituées dans la dite province, par Sa Majesté, ses héritiers et successeurs, y seront jugés, eu égard à telles propriétés et à tels droits, en conséquence des dites loix et coutumes du Canada, jusqu’à ce quelles soient changées ou altérées par quelques ordonnances qui seront passées à l’avenir dans la dite province par le gouverneur, ou commandant-en-chef, de l’avis et consentement du conseil législatif qui y sera constitué de la manière ci-après mentionnée.”

Quant à la règle *contrà non valentem agere*, etc, il suffit de citer : Troplong, Prescription, vol. 2, no. 699. pp. 700, 701 ; Toullier, Prescription, vol. 4, no. 22 ; Guyot, Prescription, p. 340, s. 9, *in fine* et les notes.

Sur la pétition de droit, le *monstrans* de droit, les cours qui connaissent de ces matières etc., etc. l’appelant réfère avec confiance aux autorités qui suivent, comme tendant à établir qu’il n’a pu procéder par cette voie. (1)

La possession de Girard est établie d’une manière incontestable par les nombreuses concessions d’emplacements qu’il a faites sur partie du terrain à lui concédé en 1740 — les occupants de ces emplacements paient encore rente à ses représentants.

(1) Blackstone, p. 64, B. 5, 6, 15, (Stephen.) :—96 Bacon’s Abridgt 475, vo. Prerogative, section, Pétition de droit :—7 Comyn’s Digest, p. 85, vo Prerogative D. 82 :—Petersdroff’s Abrigt vbo *Monstrans* de droit :—Coke’s Institutes, Jurisd. of Chancery Court, pp. 79, 80 :—Chitty, Jr., on Prerogative, p. 339, c. 13.

Quant à la partie non concédée, qui est le terrain réclaté en cette cause, la preuve testimoniale et les documents historiques établissent que le gouvernement français n'en a jamais joui ; qu'à la conquête il n'y avait qu'un mur d'enceinte de ce côté de la ville, partie en pierre, partie en palissade, sans fossés, contre-escarpe ni glacis, et que ce n'est que depuis la conquête que les travaux extérieurs des fortifications ont été faits, et notamment en 1810. (1)

(1) Garneau, Histoire du Canada :—2. Knox's Historical Journal, pp. 151 et 152.

"The ramparts, or line of fortification to the country side, consist of an entire wall of masonry of modern construction, and seems to be part of a design intended to be cannon-proof; there are no batteries on it, except a few flank fires about the ports of St. Louis, St. Jean, Palais, and one or two other places; this line of stone work extends from the S. S. W. corner behind the citadel on Cape Diamond, to the north corner near the lower road, leading from the country to St. Roch, where, by the assistance of nature, it forms a strong angle, and runs away in a long curtain eastward, excluding that whole suburb to Port Palais, and a little beyond it: whence it terminates to the low town with the dicing slope of the rock, and with no other defence than a regular piquet-work on its summit, with loop-holes for musketry, and two worm-eaten nine-pounders, pointed to the strand, at the entrance of the little river; at the east end of the upper town is a wall masonry, which joins to the piquet work before mentioned on the north-east, and runs south, seemingly intended to cover a steep bye way leading to the sally port from the lower town, and may be effectually protected by musketry, as it is of a good height, with a foot bank, supported by scaffolding, which gives small arms a great command over that quarter, the men being well covered as above. On the flank opposite to the south shore, from the south-west angle, all around Cape Diamond, is another stockade work, running with great symmetry down to the dock-yard in the Lower-Town, with loop-holes for musketry. But this seems to me to be the most available part of the whole. There is no ditch round the town nor any kind of out works; and though it would be an undertaking of immense labour and great expense, I think it very practicable to surround the town, on the land side, by a moat communicating with the rivers St. Lawrence and St. Charles, which, together with natural springs in the rocks, would keep it for ever sufficiently supplied with water, and would render that part of the town impenetrable."

Idem p. 328.

"Review of the Winter Campaign at Quebec. When our victorious army, consisting of ten Regiments, two companies of the royal artillery and one company of New England rangers, amounting to about seven thousand three hundred men, marched into Quebec, under the Command of Brigadier-General Murray, as Governor, and Colonel Ralph Burton, as Lieutenant Governor, the garrison was by no means secure against a *coup de main*. Six bastions, with their curtains of slight masonry, forming a chain from Cape Diamond to St. Roch, were then our only defence and dependance; there was no foot-bank to the curtains, no embrasures made, no covered-way, nor out work of any kind, and, in short, the cannon that were on the flanks were so indifferent and worm-eaten, that they were almost useless: it would be impossible to delineate the miserable state of this City; near one third of the houses were reduced to ruins, and what remained where so perforated by our cannon, during the first siege, that very few of them were fit to be inhabited."

Ment's War in America p. 271.

"Though the English were in Quebec, they were very far from being well provided with good, or indeed any quarters at first; the shells and shot thrown into it during the siege having left very few houses that could afford them any shelter. Besides, the whole defence of the town consisted of six bastions with their curtains, forming a chain from St. Roch to Cape Diamond; and even these bastions had neither banquette, nor embrasure, nor covered way, nor any other exterior work; and the cannon were so much damaged by time as to be utterly useless."

En rendant jugement, deux des juges de la Cour Supérieure ont admis que la possession du terrain réclamé n'avait été prise que depuis la conquête, mais suivant eux depuis un assez long espace de temps pour en acquérir la propriété à la couronne. (1)

Suivant ce jugement, le titre du demandeur, c'est-à-dire, la donation ou cession de droits successifs à lui faite par son

(1) The Court of our Lady the Queen, now here, having seen and examined the writ and declaration, the other pleadings and evidence of record, and having heard the parties by their counsel respectively, and having maturely deliberated thereon, considering that in a petitory action having for its object the recovery of a tract or parcel of ground situate between St. John and St. Lewis Gates of the City of Quebec, and upon which have been erected and existed for a great number of years works of considerable importance serving for the Military Defence of the country, the plaintiff to support his action ought to have produced an undoubted, certain and precise title, establishing in an unequivocal manner his right of property in the said ground; considering that the title produced by the plaintiff in support of the present action, and set forth in his declaration, to wit: a deed of cession and assignment made to him on the second day of February, one thousand eight hundred and thirteen, by Michel Thomas Laporte and Geneviève Brunette, his wife, far from possessing such character, is on the contrary vicious and defective in form, vague and undefined in its dispositions, and, moreover, it not appearing either from the said cession, or otherwise, that at the time of the making thereof the said Michel Thomas Laporte and wife were in possession, or ever had legal seisin as proprietors of the said tract or parcel of ground, or of any part or parcel thereof; considering on the contrary that from the proofs adduced in this cause, it is established that at the period of the making and executing the said deed of cession, and for years prior thereto, to wit; for more than thirty years before that time, the Military Government of Her Majesty, for the purposes aforesaid, was seized and possessed of the said tract or parcel of ground, openly, publicly and to the knowledge of the persons from whom the plaintiff pretends to derive title thereto, and also with their knowledge and assent as may be inferred from the fact established in this cause that, in consequence of the possession and occupation of the said ground by the Military Government, the predecessors (*auteurs*) of the said plaintiff have been discharged from the payment of the rent originally charged in the deed of concession thereof by the Reverend Ladies, Nuns of the Hotel-Dieu at Quebec, to one Joachim Girard, one of the pretended *auteurs* of the said plaintiff; considering that the said possession and occupation, however since continued, has not been interrupted by the said plaintiff who never had possession of the lot or piece of ground by him claimed, nor of any part thereof, the same being exclusively in the possession of Her Majesty the Queen at the time of the passing of the Provincial Statute 7. Victoria, Chapter 11, whereby the same became transferred to the Principal officers of the ordonnance for Her said Majesty, and that, as such, at the time of the institution of the present action, they were legally seized thereof, subject to the restrictions and conditions contained in the aforesaid statute: considering, further, that at the time of the institution of the present action, Her Majesty the Queen had held, used and enjoyed, as well by herself as by Her Royal predecessors, the said tract or parcel of ground for the space of thirty years, and upwards, freely, publicly and without interruption, and that she thereby became proprietor thereof by right of prescription; considering, finally, that although during the thirty years immediately preceding the institution of the present action, the said plaintiff, and his *auteurs*, those from whom he pretends title, always had and possessed the legal means of making their claims available against Her Majesty, for the causes and reasons set forth in the aforesaid declaration of the said plaintiff, respecting the said tract or parcel of ground, the said parties have however suffered the said thirty years to elapse without adopting any course whatever for the preservation of their pretended rights, the same have become prescribed and lost to all intents and purposes, *à toutes fins que de droit*, it is, therefore, by the said Court here, lastly considered and adjudged, that the action of the said plaintiff be, and the same is hereby, dismissed with costs.

père est déclarée vague et informe, et pourtant ce n'est point la base de jugement. (2)

Il est à regretter que dans une cause de cette importance on ait cherché à s'étayer de moyens de nullités tendant à bouleverser l'état et la condition d'une famille, à nullifier un arrangement de famille, à mettre en question un acte de donation, contenant un avancement d'hoirie de la part du père au fils, et ce au nom du souverain. Mais après tout, ce n'est qu'un louche qu'on a voulu jeter sur la cause ; ce n'est point le motif du jugement. Il n'appartenait pas à un tiers de plaider les nullités d'un véritable accord de famille. Un autre considérant en ce jugement est, que ni Girard ni ses représentants n'ont eu la possession du terrain réclamé :—ceci est contredit par le record.

(2) Paderant les Notaires Publics en la province du Bas-Canada, résidents à Québec, soussignés.

Furent présents, Sieur Michel Thomas Laporte, galpha de navires en cette ville de Québec, y demeurant—et dame Geneviève Brunette, son épouse, qu'il autorise à l'effet des présentes.

Lesquels nous ont dit que vu qu'ils n'avaient aucune connaissance des biens de la succession de défunt sieur Joachim Girard, leur oncle maternel, sur lesquels ils puissent se pourvoir pour leur faire rendre compte des dits biens et succession comme héritiers ou présomptifs héritiers par représentation de défunte Dlle. Catherine Girard, leur mère et belle-mère, en son vivant l'épouse du Sieur Michel Thomas Laporte, leur père et beau-père, elle-même la dite Dlle. Catherine Girard, seule et unique héritière dans tous les biens et succession du dit feu sieur Joachim Girard, son frère propre, décédé sans hoirs. Et comme le sieur Jean-Baptiste Laporte, leur fils, demeurant au dit Québec, serait le seul qui se soit offert de leur découvrir quelques uns des biens et succession restants, et même d'en prendre le soin, d'en faire le recouvrement, et, pour cet effet faire toutes les poursuites qu'il conviendra et jugera faire à cet égard, sans répétition des frais et dépens faits pour parvenir au dit recouvrement, soit qu'il se puisse faire ou non.

En considération de ce que dessus les dits sieurs Michel Thomas Laporte et sa dite épouse, autorisée comme dit-est, ont par ses présentes fait cession et transport nécessaire, dès maintenant et pour toujours, sans aucune garantie que de leurs faits et promesses, et sans restitution de deniers quelconques, pour le regard des frais et dépens qui pourraient résulter provenant de la poursuite du recouvrement des dits droits sus-cédés. Cette présente cession et transport fait aux charges et clauses suivantes savoir : de par le dit sieur Jean Baptiste Laporte loger, coucher, chauffer, éclairer, nourrir et entretenir déceument et comme il appartient le dit sieur Michel Thomas Laporte, son père, et celui cédant, de toutes choses et commodités nécessaires, sa vie durant, et d'en prendre soin tant que bon lui semblera de demeurer chez lui seulement, sans obligation de lui payer aucune rente et pension viagère hors de la maison.

En outre a été convenu entre les dites parties que dans le cas, et non autrement, que le dit sieur Jean Baptiste Laporte ferait le recouvrement des deniers de la dite succession sus cédée et transportée par ces présentes, qu'au dit cas du dit recouvrement, et non autrement, ainsi que dit est, sera tenu pour lors, de payer à son frère et sœur, à chacun, savoir, à son dit frère, la somme de six livres du cours actuel de cette province, et à sa sœur, celle de quarante-quatre livres du susdit cours, savoir ; celle

La Cour Supérieure a interprété contre le demandeur, et bien à tort, la circonstance que les rentes dues à l'Hotel-Dieu avaient été réduites de plus de moitié en 1770 ; mais la cour ne s'est pas aperçu que cette réduction n'a été faite qu'à la demande de Bomfield, acquéreur des rentes foncières et conséquemment d'un tiers du terrain au plus.

Ce fait constate cependant que ce n'est qu'après la conquête que le gouvernement anglais s'est emparé du terrain en litige, et que si la prescription n'est pas admissible, ce terrain doit revenir au demandeur.

Enfin venant au seul point en question dans la cause, la cour a déclaré la prescription admissible, attendu que le demandeur pouvait l'interrompre par la voie de la pétition de droit.

Un mot sur la preuve des défendeurs.

Leurs témoins comme ceux du demandeur ont établi que c'est le gouvernement anglais qui a pris possession du terrain, et que les fortifications extérieures y ont été faites de 1808 à 1812.

STUART, A., for the ordonnance, at the hearing in the Court below, had contended that the plaintiff's action ought to be dismissed for the following reasons.

1. Because it was not proved that the plaintiff was ever

de vingt-quatre livres du dit cours la première année, et les vingt livres restant dans l'année ensuivant

Et ce pour leurs servir de tous droits de légitime à cet égard.

Et de plus le dit sieur Jean-Baptiste Laporte promet et s'oblige par ces mêmes présentes, sous la même condition qu'il ferait le dit recouvrement, et non autrement, de payer à la dite Dlle. Geneviève Brunette, l'épouse du dit sieur Michel Laporte, la mère, sept piastres d'Espagne, par chaque mois sa vie durant, à compter depuis le recouvrement de la dite succession, et pour l'exécution des présentes et dépendances les parties ont élu leurs domiciles en leur demeure actuelle, auxquels lieux, &c.

Et pour faire insinuer ces présentes les parties ont constitué leur procureur le porteur &c. Car ainsi &c., Promettant &c., Obligéant &c., Renonçant &c. Fait et passé à Québec, Etude de M^{re}. By. Faribault, l'un des dits Notaires soussignés, l'an mil huit cent treize, le deuxième jour de Février après midi, et ont les parties signé excepté le dit sieur Jean Baptiste Laporte qui a déclaré ne savoir écrire ni signer de ce requis, lecture faite, et signé sur la minute demeurée en la dite Etude. Geneviève Laporte, Michel Laporte, Archd. Campbell, notaire public, et du soussigné, notaire.

B. FARIBAULT, N. P.

at any time seized or possessed, as owner or proprietor, of the land in question.

2. Because it was not proved that Michel Thomas Laporte and Geneviève Brunette were, or that either of them was, seized or possessed of the said land on the second day of February, 1813, or at any other time ; and because, therefore, even if the deed of that date between them and the plaintiff were perfect in form, and valid in law, no estate, right or property in the said land could pass under it to the plaintiff.

3. Because if the plaintiff acquired any right of action under the said deed, the same had become and was by lapse of more than thirty years, without any exercise thereof by him, prescribed, lapsed and extinguished, before and at the time this action was brought.

4. Because it was proved by the evidence in the cause, that at the time of the cession of the country to the crown of England, in 1763, the said land formed part of the fortifications of Quebec, and was, as such, in the lawful possession of the crown of France, as property held for public uses.

5. Because under the treaty and cession of the 10th of February, 1763, the said land came to be absolutely vested in the crown of England, and has ever since remained in possession of the crown, as part of the said fortifications, and as property held by the crown for public uses.

6. Because apart from such cession by the crown of France, the said land has been held ever since the said cession by the crown of England, as part of the said fortifications, as property held for public uses ; and the presumption of law is that such possession was lawful and right.

7. Because apart from all the foregoing considerations, the crown had, before and at the time of the commencement of this suit, (on the 16th of June, 1848,) acquired prescription, and a title by prescription to the said land.

STUART, A., in the court of appeals, contended that the judgment dismissing the plaintiff's action ought to be affirmed for the following reasons :

1st. It is a principle of universal law that the lands of a country belong originally to the sovereign ; and, therefore, whoever claims any land as against the crown must shew a title from the crown, which the appellant has not done.

2ndly. Assuming that the title to the land in question ever passed out of the crown, and became vested in the nuns of the Hotel-Dieu, and that they granted it to Joachim Girard ; it was still competent to the crown to resume it at any time for a public purpose, such as the defence of the country, and this right was unquestionably exercised by the king of France, by erecting fortifications upon the land, and the legal presumption is that full compensation was made at the time to all parties legally entitled to compensation : but, whether this compensation was or was not paid, the property was at the time of the conquest in the possession of the crown of France as public property for public uses, and passed to the crown of England under the treaty of 1763.

3rdly. Assuming that the nuns of the Hotel-Dieu had at any time a title to the land in question, and that there is any part of the said land which the king of France had not resumed for the fortifications, under his undoubted power so to do, the crown of England certainly exercised the power of resumption as to such part, in or before the year 1765, and has ever since held the same for the defence of the country ; and the presumption of law is that full compensation was then made to all parties interested.

4thly. It is not shewn that the appellant was ever at any time seized or possessed, as owner and proprietor of, or entitled to the lands in question : nor is it shewn that Michel Thomas Laporte and Geneviève Brunette were, or that either of them was, on the 2nd of February, 1813, or at any

other time, seized or possessed of or entitled to the said land ; and it is unnecessary to say that they could, therefore, convey no title to the appellant by the deed of that date ; nor was that imperfect instrument sufficient to pass their title if they had any :—and even if the land claimed were held by the respondents as private parties and for private uses, this want of title in the appellant, and in his alleged *anteurs*, must be fatal to his claim.

5thly. If even these fatal objections to the appellant's claim did not exist, and if he had shewn a valid title to the nuns, and from the nuns to him, and if the land were not and had not always been held for public uses, still, inasmuch as the crown had, at the commencement of this action, been in possession of the land claimed for a period greatly exceeding that required to constitute a legal title by prescription, without any interruption of such prescription, the claim and action of the appellant was and is for ever barred and extinguished.

To the plea of prescription the appellant has attempted to reply by a novel application of the maxim *contra non valentem agere, non currit præscriptio*: saying that until the passing of the 7 Victoria, chapter 11, the property in question “*was vested*” in Her Majesty, against whom he had no remedy, or any means of so urging his claim as to interrupt the prescription. But he has not asserted that either he or Michel Thomas Laporte, through whom he claims, was a lunatic, or *non compos mentis*, or subject to any of those peculiar disabilities to which alone the maxim is applied by all the authorities. Michel Thomas Laporte was 25 years of age when Joachim Girard died ; at the period of the cession of the country he was 29 ; and he died only in 1818, that is, fifty five years afterwards. The appellant at the time of the assignment to him was 28 years of age. The appellant's position is not distinguishable in this respect from that of Her Majesty's subjects generally ; and therefore, whether he had or had not a remedy to apply the

prétexte d'y ériger ou non des fortifications, elles ont commis une voie de fait, je ne sache pas que les autorités militaires aient le droit de s'emparer, de la sorte, de la propriété d'autrui, et que sous le prétexte d'y ériger des fortifications dont la nécessité n'a été aucunement prouvée, elles se mettent à l'abri de l'action des lois qui sont les mêmes pour tout le monde, le souverain y compris, qui, à son avènement à la couronne, jure solennellement de les observer et de s'y soumettre. Or, de la preuve du record que j'ai lue attentivement, il résulte que jamais le gouvernement français n'a possédé le terrain en question. Il s'ensuit, que les appelants, qui ont bien et duement acquis ce terrain et en avaient la possession légale en 1807, 8, 9 et 10, ont éprouvé dans leur possession une interruption illégale, et qu'ils sont en droit de s'en plaindre.

Je rejeterais, de suite, sans hésitation aucune, tous ceux des titres, pièces et documents qui ont été irrégulièrement introduits dans la procédure de cette cause.

Une question bien importante a été soulevée : on a invoqué la prescription contre les appelants. Mais, *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Or, devant les Cours de Justice en ce pays, jusqu'à la 7e Vict. ch. 11, il n'y avait aucun moyen de faire valoir ses droits contre la Couronne.

La pétition, *the petition of rights, monstrans*, ne pouvait être référée, par le Souverain, à nos Cours de Justice du Bas-Canada, constituées comme elles le sont, et de telles réclamations n'auraient pu, ni dû être accueillies par nos Cours. Le souverain n'avait aucun tel droit, et les juges ici aucune obligation, aucun droit de s'en saisir. Je ne connais de prérogatives que celles définies par les lois ou la constitution. Dans le principe, ce qu'on appelle prérogatives de la couronne, ont été arrachées aux peuples, par la force, et depuis Runnemedé, jusqu'à nos jours, ce qu'on appelle concessions, sont tout simplement des restitutions. En sorte que là seule doit être la règle, et dans l'espèce, les

appelants n'auraient eu aucun moyen de faire valoir leurs droits, devant les cours du Bas-Canada. L'acte de la 7^e Vict. ch. 11, a opéré un changement, et c'est en vertu de cette loi, que les appelants se sont pourvus. Il s'ensuit que la prescription ne peut leur être opposée.

En 1824, un membre distingué de la chambre d'assemblée introduisit une loi à l'effet de donner au sujet l'exercice de ce droit contre la couronne. Il va sans dire que le conseil législatif du temps rejeta cette mesure.

L'un des Hbles. juges prétendra, si je ne me trompe, que du moment qu'une appropriation a été faite d'un terrain pour les fortifications d'une ville de guerre, l'action pétitoire ne peut exister ; ce qui, tout simplement, veut dire, que sous un prétexte militaire, l'on pourrait impunément fouler aux pieds la loi civile, et tous les droits qui en résultent au citoyen. Il suffit d'énoncer une pareille proposition pour en faire comprendre toute la force. L'hon. président de la Cour ne me paraît pas adopter cette erreur manifeste.

L'on va prétendre que puisqu'il y avait un mur, il devait y avoir une palissade, et que prétendre le contraire serait supposer que les ingénieurs français étaient des imbéciles. Je ne fais point de suppositions, pas plus que je ne conteste le génie et l'habileté des ingénieurs français. Je dis, tout simplement, que comme juge, je dois juger, *secundum ordinem justitiæ* au lieu de m'alambiquer l'esprit à chercher, par des suppositions gratuites, à trouver des palissades là où il n'y a pas même de preuve d'érection de murs réguliers et suivant l'art.

Je suis d'avis donc, que les appelants sont bien fondés, et que le jugement de la Cour de première instance devrait être infirmé.

Quant à l'exécution du jugement de cette Cour, s'il était défavorable aux autorités militaires, je ne m'en occuperais pas. Nous ne devrions pas présumer que ces autorités

The Court of our Lady the Queen, now here, having heard the parties by their counsel respectively, examined, as well the record and proceedings in the Court below, as the reasons of appeal fyled by the appellant, and the answers thereto, and mature deliberation on the whole being had.—Seeing that the action of the appellant in this cause is petitory, and that at the date of the title under color of which he seeks to recover the land in question therein, the said land was, as it yet is, covered with military works, and forms part of the defences of the city of Quebec, a walled and fortified town and stronghold, and was then held by our late sovereign Lord George the Third, of glorious memory, grand father of Her Most Gracious Majesty that now is, in right of his crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland: Seeing that, from thence hitherto, the said land has continued to be used for, and as part of the military defences of the said walled town by Her Majesty and Her Royal predecessors, and that, therefore, the said land was not, and is not, *in commercio*, and cannot be made the subject of a petitory action, and that, therefore, in the judgment of the Court below, to wit; the judgment rendered by Her Majesty's Superior Court, sitting at Quebec, on the eighth day of April, in the year one thousand eight hundred and fifty four, there is no error. The Court, now here, doth confirm the same with costs to the said respondent, etc., against the said appellant. (Dissentiente Mr. Justice Charles Mondelet.)

LELIEVRE et ANGERS, pour l'appelant.

ROSE et MONK, conseils.

Le PROCUREUR GÉNÉRAL, pour les intimés.

STUART et VANNOTOUS, conseils.

AN INDEX

OF THE

PRINCIPAL MATTERS.

ACTION, NOTICE OF.

Held:—1. That an inspector of roads and ditches is a public officer, and is entitled, under the 14 and 15 Vic. c. 54, to a month's notice of action when sued in damages, for acts within the scope of his duty.

2. That although he acted under an informal by-law and *procès-verbal*, yet, inasmuch as he acted in good faith, and with relation to his public duty, he is entitled to such notice.

Jetté and Choquette.

Jugé:—1. Qu'un inspecteur de clôtures et fossés est un officier public, qui a droit, en vertu de la 14e et 15e Vict. ch. 54, à un mois d'avis d'une action en dommages pour actes faits par lui, dans les attributions de son office.

2. Que quoiqu'il ait agi en vertu d'un règlement et procès-verbal illégaux, néanmoins, comme il a agi avec bonne foi, et dans l'exercice de ses devoirs publics, il a droit à tel avis.

63

ACTION OF ACCOUNT.—*Vide* TUTORSHIP.

ADMISSION BY PARTNER.—*Vide* PARTNERSHIP.

AFFIDAVIT.—*Vide* CAPIAS.—*OPPOSITION AFIN D'ANNULER.*

AGREEMENT,—*To FORBEAR OPPOSING A BILL.*

Held:—That an agreement between parties interested in a bill before the Legislature, respecting the inspection of Pot and Pearlashes, to the effect that one of them should forbear opposing the bill, is not void as against public policy, but may be enforced.

Henshaw vs. Dyde.

Jugé:—Qu'une convention entre des parties intéressées dans un projet de loi devant la Législature, concernant l'inspection de la Potasse et Perlasse, portant que l'une d'elles n'opposerait pas la passation de cette loi, n'est pas nulle comme contraire à l'ordre public, mais peut être mise à exécution.

124

APPEAL,—*Ruling of a judge in Chambers reversed.*

Fahey, et al., bricklayers and masons, having undertaken to make certain masonry, under a written agreement, for Jackson & Co., on

Fahey, et al., maçons, ayant entrepris, en vertu d'un contrat, la confection de certains ouvrages en maçonnerie, pour Jackson et Cie.,

the Quebec and Richmond Railroad ; sur le Chemin de Fer de Québec et

and having, during the progress of the work, been employed with their men at some extra work, by the day, brought an action against Jackson and Co., and produced their brother as a witness to prove such extra work, and, upon objection, the evidence of the witness was declined inadmissible by Parkin, Assistant Judge. This ruling was not submitted to the Court for revision. Subsequently, Jackson & Co., attempted to prove by parol evidence, payment of such extra work, and, after objection, the evidence, was allowed to be taken, de bene esse. Sturges, Assistant Judge, refused to receive the evidence, and the action of Jackson & Co. was dismissed, and the case has been carried into appeal.

Held:—That the case was of a commercial nature, and parol evidence admissible in such a case. The decision of the Court below, brought to be reversed, and the case was referred to Parkin, Assistant Judge, although that ruling had not been submitted to the revision of the Court below; and the case submitted to him, and the witness, whose evidence had been refused, was called.

Richmond; et ayant, pendant le progrès des dits ouvrages, été employés avec leurs hommes à d'autres ouvrages à la journée, instituèrent une action contre Jackson et Cie., et produisirent leur frère comme témoin pour prouver les ouvrages non compris au contrat, et sur objection, le témoignage de cet individu fut déclaré inadmissible par Parkin, Juge-Assistant. Cette décision ne fut pas soumise à la révision de la Cour. Subsequently, Jackson & Cie., voulurent prouver par témoins, le paiement de ces ouvrages, et sur objection, ce témoignage fut admis, de bene esse, par le Juge-Assistant. Le Juge-Assistant refusa d'admettre le témoignage de ce frère, et le jugement fut renvoyé. Le cas a été porté en appel.

Judge:—Que la cause était de nature commerciale, et que la preuve par serment était admissible. Le jugement du tribunal de première instance fut renvoyé. La cause fut renvoyée à Parkin, Juge-Assistant, bien que cette décision n'eût pas été soumise à la révision de la Cour et que le cas eût été renvoyé au tribunal de première instance pour être jugé par le Juge-Assistant, dont on avait rejeté le témoignage.

Fahey and Jackson vs. The Montreal and St. Lawrence Railway Co.—TREMÉZARD

27.

ASSIGNMENT, FRAUD.

Held:—That an assignment of a debt, made by a debtor to a creditor, for the purpose of defrauding other creditors, is void as against them. The assignment in this case was made by a debtor to a creditor, for the purpose of defrauding other creditors, and was therefore void as against them.

Held:—That an assignment of a debt, made by a debtor to a creditor, for the purpose of defrauding other creditors, is void as against them. The assignment in this case was made by a debtor to a creditor, for the purpose of defrauding other creditors, and was therefore void as against them.

ATTORNEY AD LITES,—LIABILITY, Cohesive, Summons

Held:—That an attorney ad litem is responsible to the sheriff for his conduct in executing a writ of attachment, and is liable for damages caused by his negligence in this respect.

Held:—That an attorney ad litem is responsible to the sheriff for his conduct in executing a writ of attachment, and is liable for damages caused by his negligence in this respect.

Jugé :—Qu'un prisonnier détenu
dans une prison sous ses déclarations fa-
usses et mensongères, pour les crimes
qu'il a commis, après la signature
de son procès-verbal, n'est pas pré-
sommé coupable de ces crimes, et que
ces dépositions n'établissent que de
faibles présomptions de la culpa-
bilité du prisonnier.

57
2 Held:—That upon motion to
control a newspaper
original papers of a
the freight.

[illegible][illegible]

Juge: — T. Que dans un affidavit pour *Camas* où il est allégué une cause d'action personnelle, les mots que le défendeur est *personnellement en debt*, ne sont pas essentiellement nécessaires.

2. Que dans l'audience, l'allégué que le demandeur "perdra sa cause ou souffrira des dommages," est suffisant, et équivalent à l'allégué "perdra son recours."

425

CERTIORARI, COSTS.

1 Held :—That upon motion to compel a magistrate to return the original papers of a cause under a writ of *certiorari*, such motion will be granted, but without costs against the magistrate.

Ex parte,—Demers.

Jugé.—Que sur motion pour contraindre un juge-de-peace à faire rapport des documents originaux d'une cause en vertu d'un writ de *certiorari*, telle motion sera accordée, mais sans frais contre le juge de paix.

428

2 Held :—That upon motion to compel a magistrate to return the original papers of a cause, under a writ of *certiorari*, such motion will be granted, with costs against the magistrate.

Ex parte—Terrien,

Jugé :—Que sur motion pour contraindre un juge de paix à faire rapport des documents originaux dans une cause sur writ de *certiorari*, telle motion sera accordée, avec dépens contre le juge de paix.

429

COMPOSITION, DELAY.

Held :—That, in the case submitted, upon a covenant in a deed of composition founded upon the delivery, at a certain time and place, of two promissory notes, endorsed by a third party to whom the amount due should be assigned, the delay of two days incurred in the delivery of the notes will not deprive the debtor of the benefit of the composition, the creditor not having presented himself to receive the notes and execute the assignment, but having, on the contrary, made known his intention to present himself to receive the notes in question later, by reason of his residence at a distance from the place where the notes were to be delivered.

King and Breaker.

Jugé :—Que, dans l'espèce, sur une convention en forme d'attribution moyennant la livraison à un lieu et à une époque certaine, de deux billets endossés par un tiers à qui la créance serait transportée, le retard de deux jours apporté à la livraison des billets ne peut priver le débiteur du bénéfice de l'attribution, le créancier ne s'étant pas présenté pour recevoir les billets et exécuter le transport de la créance, mais ayant signifié son intention de ne venir les recevoir que plus tard, vu sa résidence hors de la localité indiquée.

306

COMPOSITION.—*Vide* PAYMENT BY SURETY IN ANTICIPATION.

CONFIRMATION OF TITLE.—*Vide* MORTGAGE.

CONSIGNEE.—*Vide* FREIGHT.

CONTRACTORS.—*Vide* RAILROAD COMPANY.

COSTS.—*Vide* ATTORNEY AD LITES.—CERTIORARI.

CURATOR TO INTERDICT.—*Vide* INTERDICT.

CUSTOMS, DUTIES.

Held:—That pure grain spirits imported from Holland, into this country, when it can be proved that they were so imported with the necessary ingredients to manufacture Holland Gin, and for that purpose, are subject to the same duty as Gin; and that the importation of the same, as Whiskey, or grain spirits, is in such case a fraud upon the revenue.

Torrance and Boutillier.

Jugé:—Que des spiritueux, extraits de grains, importés de Hollande en ce pays, lors qu'il peut être prouvé qu'ils l'ont été avec les ingrédients nécessaires pour faire le Gin de Hollande, et pour cet objet, sont sujets aux mêmes droits que le Gin; et que l'importation de ces spiritueux sous le nom de Whiskey ou grain spirits, est dans tel cas, une fraude contre le revenu.

106

DEGUERPISSEMENT.

Held:—That a party who contracts to pay a ground rent for ever, *d perpétuité*, deprives himself of the power of making a *dégueppissement*.

Dubois vs. Hall.

Jugé:—Qu'il n'est pas loisible à un preneur à bail à rente foncière, non rachetable, de se libérer du paiement de cette rente en déguerpissant l'immeuble.

479

DELAY.—*Vide* COMPOSITION.

DIVISIBILITY.—*Vide* SERVITUDE REELLE.

DUTIES.—*Vide* CUSTOMS.

EFFECT OF TRUE BILL IN CIVIL SUITS.—*Vide* TRUE BILL.

FIRE DEBENTURES.—*Vide* MORTGAGE.

FRAUD.—*Vide* ASSIGNMENT.—GARNISHEE, DECLARATION OF.—

PROMISSORY NOTE.

FREIGHT.—CONSIGNEE, BILL OF LADING.

Darling purchased a quantity of bar iron from Wilson's trustees in Glasgow, a part of the iron was shipped on board the *California*, of which the appellant was master, the bill of lading was made out in the name of the respondent, the agent of Wilson's trustees at Montreal; upon the arrival of the iron at the latter place, the respondent referred the appellant, and Burns, the consignee of the ship, to Darling as the owner of the iron; Darling being in possession of a duplicate of the bill of lading received the iron from the appellant who delivered it notwithstanding that the respondent had not endorsed the bill.

Darling avait acheté une quantité de fer en barres des syndics de Wilson à Glasgow, une partie de ce fer fut embarqué à bord du *California*, duquel l'appellant était capitaine, le connaissement fut fait au nom de l'intimé, l'agent des syndics de Wilson à Montréal; sur l'arrivée du fer à cet endroit, l'intimé renvoya l'appellant, et Burns, le consignataire du vaisseau, à Darling comme propriétaire du fer; Darling étant en possession d'un duplicata du connaissement, reçut le fer de l'appellant qui lui en fit la livraison nonobstant que l'intimé n'eut pas transporté le connaissement à Darling par endossement.

2. Held that a bill of lading, which by its terms provides that the goods carried are to be delivered to the consignee at the place of destination, is a receipt for the goods, and that the carrier is liable for the loss of the goods if they are not delivered to the consignee at the place of destination.

[illegible]

A tiers-saisie made over to
to the effect that certain monies col-
lected under an assignment from
one of the defendants were placed
in his hands for distribution among
the creditors *and that the court*
granted the defendant a discharge,
and that the plaintiffs, respondents,
refused to accept their proportion
these terms, upon this declara-
tion he was condemned to pay even
to the plaintiffs the balance men-
tioned in the said declaration, but
that he has since then conducted his
business in such a manner as to
enable him to pay the same. The
court, therefore, ordered that the
plaintiffs should be paid the sum
of £100,000, and that the defendant
should be discharged from all
other claims against him.

Un **VOYAGEUR** a déclaré avoir entre ses mains certaines sommes d'argent qu'il avait reçues en vertu d'un transporté lui fait par l'un des témoins, lesquelles sommes d'argent ont été versées au marc la livre entre les créanciers qui donnaient un reçu à ce voyageur, et de plus, que les demandeurs, in-fidèles, avaient refusé d'accepter ces sommes d'argent, avait été condamné à payer aux demandeurs les sommes d'argent qu'il avait reçues.

JUGEMENT COMMUN.—ACTION EN DECLARATION DE.

Held :—That a purchaser who has obtained a judgment against his vendor reducing the amount of the price of sale by reason of a *défaut de contenance*, may bring an action *en declaration de jugement commun* against an assignee of the balance of the price of sale who has given notification of his assignment.

Ryan and Idler.

Jugé :—Qu'un acheteur qui a obtenu jugement contre un vendeur en diminution du prix de vente pour défaut de contenance, peut diriger une demande en déclaration de jugement commun contre un cessionnaire d'une balance du prix de vente, qui lui aurait signifié son transport.

385

JURISDICTION OF THE VICE ADMIRALTY COURT.—

Vide ADMIRALTY COURT.

JURY TRIAL.—SUFFICIENCY OF QUESTIONS.

Held :—That the issues raised by the pleadings in the case submitted are covered by the questions ordered by the court below to be submitted to the jury.

The Montreal Assurance Company and Aitken

Jugé :—Que les contestations liées par la plaidoyerie dans l'espèce sont comprises dans les questions que la Cour a ordonné de soumettre au jury.

88

LANDS IN FREE AND AND COMMON SOCCAGE.—*Vide SALE.*

LEASE.—*Vide MORTGAGE.*

LEGACY.—*Vide BILL.*

LESSOR, PRIVILEGE OF.

In August, 1853, Bonner took out a *saisie-gagerie* against the goods and chattels of Hamilton, then his tenant; in September, 1854, he obtained judgment, but did not execute the same at that time; in May, 1855, these goods and chattels were removed into the premises of Johnston; no *saisie-gagerie par droit de suite* was taken out by Bonner within eight days; but sometime after the expiration of the eight days he took out a *renditioni exponas*, in virtue of which, after several contestations, the goods and chattels in question were sold :

Held :—That Bonner had lost his privilege as lessor, and that Johnston had acquired a privilege upon the said goods and chattels, to his prejudice.

Johnston and Bonner,

En août, 1853, Bonner prit une *saisie-gagerie* contre les meubles et effets de Hamilton, alors son locataire; en septembre, 1854, il obtint un jugement qui ne fut pas exécuté dans le temps; en mai, 1855, ces meubles et effets furent transportés dans une maison de Johnston; Bonner ne prit point de *saisie-gagerie* dans les huit jours; mais quelque temps après il prit un *renditioni exponas*, au moyen duquel, après plusieurs contestations, les dits meubles et effets furent vendus :

Jugé :—Que Bonner avait perdu son privilège comme locateur, et que Johnston avait acquis un privilège sur ces meubles et effets, à son préjudice.

80

LIABILITY.—*Vide* ATTORNEY AD LITES.

LIEN.—*Vide* FREIGHT.

LOAN OF DEBENTURES.—*Vide* PRIVILEGE.

LODS ET VENTES.—ASSIGNMENT, SERVICE OF.

Held :—1o. That no *lods* are due on the resiliation of a deed of donation which had not its perfect execution.

2o. That the want of service (*signification*) of an assignment cannot deprive the assignee of his right to file an opposition *afin de conserver* to recover the debt assigned.

Lamothe and Fontaine.

Jugé :—1o. Qu'il n'est pas dû de lods sur la résiliation d'une donation qui n'a pas eu son exécution parfaite.

2o. Que le défaut de signification du transport ne peut rendre le cessionnaire non recevable à produire opposition afin de conserver pour recouvrer le montant transporté.

49

MANDAMUS.

Held :—That a writ of *mandamus* may be properly directed to the Mayor of a City Council, alone, to rectify the minutes of the Council, if the grievance to be remedied was caused by the Mayor.

Robertson vs. Robitaille, Mayor of Quebec.

Jugé :—Qu'un writ de *mandamus* peut être adressé légalement au Maire d'un Conseil-de-Ville, seul, pour faire rectifier les minutes du Conseil, si le grief à corriger a été causé par le Maire.

3

MORTGAGE.

1. Held :—1. That in order to support an hypothecary action, the debt set up by the plaintiff must be due and payable (*exigible*.)

2. That the costs of an action *en garantie*, will be given against a principal plaintiff suing before the expiry of the delay of payment, when the defendant calls in his *garant formel*.

Aylwin vs. Judah.

Jugé :—1. Que pour qu'une action hypothécaire soit maintenue, la dette alléguée par le demandeur doit être due et payable (*exigible*.)

2. Que les frais d'une action *en garantie* seront adjugés contre un demandeur principal, lequel aura intenté son action avant l'expiration du délai, quand le défendeur fait intervenir son garant formel.

128

Registration of.

2. Held :—That the claim of a *bailleur de fonds* prior to the registry ordinance, 4. Vic. Cap. 30, is inoperative for want of registration as against a subsequent purchaser for valuable consideration, and that the case submitted is not affected by the 16. Vic. Cap. 206.

Poliquin vs. Belleau.

Jugé :—Que la réclamation d'un bailleur de fonds antérieure à la passation de l'ordonnance des bureaux d'enregistrement, 4. Vic. ch. 30, est inefficace par défaut d'enregistrement à l'encontre d'un acquéreur subséquent pour bonne et valable considération, et que, dans l'espèce, l'acte de la 16. Vic. ch. 206, n'a aucun effet.

468

Bail emphytéotique, Registration of.

3. Held :—That upon the proceeds of the sale of a long 'ease, (*Bail Emphytéotique*) the lessor cannot claim arrears due in virtue of such lease to the prejudice of a creditor of the lessee who has duly registered before him.

Jugé :—Que sur les deniers provenant de la vente d'un bail emphytéotique, le propriétaire du canon emphytéotique ne peut en réclamer les arrérages au préjudice d'un créancier de l'emphytéote qui a enregistré sa créance avant lui.

Tétu vs. Martin.

42

Confirmation of title, Opposition to.

4. Held :—That a temporary exception *péremptoire en droit*, to an action for the recovery of a price of sale, setting forth the existence of a mortgage on the property sold, and the filing of an opposition to letters of confirmation, is a good plea.

Jugé :—Qu'une exception péremptoire en droit temporaire, alléguant l'existence d'hypothèques sur un immeuble vendu, et qu'une opposition a été faite dans une procédure pour lettres de ratification, peut être plaidée à une action pour recouvrement du prix de vente.

O'Sullivan vs. Murphy.

424

Fire debentures, Lease.

5 Held :—1. That the Crown has privilege for a loan of debentures upon an immoveable property until at the fire of 1845, if the borrower was not, at the time of such fire, the proprietor thereof, but, in the particular case, the Crown has a special mortgage, it having been stipulated and duly registered.

Jugé :—Que la Couronne n'a point de privilège pour un prêt de débentures sur un immeuble incendié en 1845, si l'emprunteur n'en était point propriétaire à l'époque de ce désastre, mais que, dans le cas particulier, la Couronne a une hypothèque spéciale, comme l'ayant stipulée et enregistrée.

2. That an ordinary lease, not registered, does not produce a general mortgage, notwithstanding the 17th sec. of the 4th Vic., cap. 30, and this, in virtue of the sec. 1st and 28 of the same act, which prescribes that the mortgage must be special and must be registered, and of the 29th sec. which enumerates the general mortgages that will continue to subsist, and which must be registered.

2. Qu'un bail ordinaire, non enregistré, ne produit point d'hypothèque générale, nonobstant la clause 17, de la 4e Vic. chap. 30 ; et ce, en vertu des dispositions des clauses 1 et 28 de la même ordonnance, qui prescrivent que l'hypothèque doit être spéciale et doit être enregistrée, et de la clause 29 qui énumère les hypothèques générales qui continueront de subsister, et doivent être enregistrées.

Hillier vs. Bentley.

241

Registration.

6. Held :—That the assignor of an hypothecary claim may effectually discharge the same to the prejudice of the assignee, by registering a discharge thereof.

Jugé :—Que le cédant d'une créance hypothécaire peut donner main-levée de l'hypothèque au préjudice du cessionnaire, en faisant enregistrer une quittance.

Morris vs. Daly and Dérusselle.

111

MOVEABLES AND IMMOVABLES.—PAPER MACHINE.

Held :—1o. That, in the case submitted, the privilege of the unpaid vendor of a *meuble* sold (paper machine) subsisted, whilst the *meuble* remained unchanged in form and in the purchaser's possession, until payment of the price.

2o. That the *meuble* in question retained in fact its mobiliary character unchanged, continuing susceptible of removal, without injury to itself or to the mill in which it was set up.

3o. That its mere location and placement in the mill, did not, *ipso facto*, make it immobilized by destination of law, or change its original form or character.

4o. That by the legal effect of the contract between the vendor and purchaser, the latter, the defendant, held the *meuble* precariously and as tenant only, and did not deprive the vendors, opposants, of their property absolutely, until after payment of the price.

Jugé :—1o. Que, dans l'espèce, le privilège du vendeur d'un *meuble*, (une machine à papier) subsistait tant que le vendeur n'était pas payé, et que le *meuble* n'avait pas changé de forme, et qu'il demeurait dans la possession du vendeur.

2o. Que le *meuble*, en effet, avait conservé son caractère mobilier, en autant qu'il pouvait être enlevé, sans qu'aucun tort fut causé soit au *meuble* ou au moulin où il avait été placé.

3o. Que le simple fait du placement de ce *meuble* dans un moulin, n'était pas suffisant pour en faire un immeuble, ou pour en changer sa forme et son caractère originaire.

4o. Que par l'effet legal du contrat entre le vendeur et l'acquéreur, ce dernier, le défendeur, n'avait qu'une possession précaire du *meuble*, et seulement comme locataire, et que les vendeurs, opposants, ne pouvaient être privés de leurs droits de propriété que par le paiement du prix.

The Union Building Society, vs. Russell and Goddard,

374

NOTICE OF ACTION.—*Vide* ACTION.—SHERIFF.

OPPOSITION AFIN D'ANNULER.—*VENTITIONI EXPONAS*,
AFFIDAVIT.

Held :—1o. That an affidavit made by a party, to the best of his knowledge, is sufficient to sustain an opposition *afin d'annuler*.

2o. That in certain cases such opposition may be filed to a writ of *venditioni exponas*.

3o. That a debtor may oppose the sale of his real estate, the seizing party not having given him credit for sums received in part payment of his judgment.

Fournier and Russell,

Jugé :—1o. Que l'affidavit d'une partie jurant, au meilleur de sa connaissance, est suffisant pour soutenir une opposition afin d'annuler.

2o. Qu'une telle opposition peut être faite en certaine circonstance sur un bref de *venditioni exponas*.

3o. Qu'un débiteur a droit de s'opposer à la vente de ses immeubles, faute par l'exécutant de lui donner crédit des sommes reçues sur le jugement.

130

OPPOSITION TO CONFIRMATION OF TITLE.—*Vide* MORTGAGE.

PAPER-MACHINE.—*Vide* MOVEABLES AND IMMOVEABLES.

PARTNERSHIP, LIABILITY OF.

Held:—10. That a vendor who sells to one partner, in his own individual name, and upon his own responsibility and credit, has a right to recover against the firm of which he is a member, provided the firm has benefited by the transaction, and although the vendor was ignorant of the partnership at the time he sold the goods.

20. That in such case, answers to interrogatories upon *faits et articles* of the purchasing partner, to the effect that he applied the goods so purchased by him to the purposes of the firm, are not only admissible, but conclusive evidence to bind the firm.

Maguire and Scott,

Jugé:—10. Qu'un individu qui vend à un associé, individuellement, et sur sa responsabilité personnelle et son propre crédit, a néanmoins droit d'action contre la société dont l'acheteur est sociétaire, si la société a tiré avantage de l'achat, et nonobstant que le vendeur ne connût pas l'existence de la société lors de la vente.

20. Qu'en pareil cas, les réponses sur interrogatoires sur faits et articles de l'associé faisant l'achat, comportant que les effets achetés avaient été employés au profit de la société, sont non seulement admissibles, mais forment une preuve complète contre la société.

451

PAYMENT BY SURETY IN ANTICIPATION.—COMPOSITION.

Held:—That a surety who, under a certain clause in a deed of composition, has paid monies by anticipation to one of the creditors on account of instalments not due, cannot claim to be collocated on the proceeds of the defendant's goods, in preference to other creditors, parties to the deed of composition.

Whitney vs. Craig.

Jugé:—Qu'une caution qui, en vertu d'une clause contenue dans un acte d'atermolement, a payé des argents par anticipation à l'un des créanciers, en à compte d'instalments non échus, ne peut demander d'être colloquée sur le produit des biens du défendeur, en préférence aux autres créanciers, parties au dit acte d'atermolement.

272

PENAL ACTION.

Held:—10. That a plea of former recovery for the same offence to a penal action, which does not set out that the first action had been instituted before the second, is bad, and is no bar to the action.

20. That such plea will be held bad on demurrer.

10. Qu'un plaidoyer dans une action pour le recouvrement d'une pénalité, à l'effet qu'une pénalité pour la même offense a déjà été recouvrée sans allégué que la première action avait été intentée avant l'institution de la seconde, n'est pas valable.

20. Que tel plaidoyer sera déclaré insuffisant sur défense en droit.

30. That no matter of defence arising after action brought can properly be pleaded in bar of the action generally, but should be pleaded in bar of further maintenance of the action.

40. That one action not going on to judgment is no bar to another action for the same offence.

30. Que tout moyen de défense survenu depuis l'institution de l'action ne peut être plaidé comme moyen de défense à l'action, mais doit être plaidé comme moyen pour empêcher toute procédure ultérieure.

40. Que l'institution d'une première action sur laquelle l'on ne procède pas à jugement, n'empêchera pas l'institution d'une seconde action pour la même offense.

Mountain vs. Dumas.

430

PETITION OF RIGHTS.—*Vide* PRESCRIPTION.

POWER OF ATTORNEY.—*Vide* SALE.

PRESCRIPTION. PETITION OF RIGHTS.

Held, by the Superior Court :—10. That the Crown may acquire property in Canada, by prescription of thirty years and upwards, and that the real owner might have interrupted such prescription by a petition of rights, a remedy which might have been used as well in the colony as in the mother country. 20. That in the particular case the plaintiff had a vague and undefined title, and had failed to prove the possession of his assignors. 30 That the tract of land claimed in the cause, having been required for the defence of the country and used for thirty years and upwards for the construction of the fortifications of Quebec, could not be claimed by petitory action.

Held, by the Court of Appeals :—That the tract of land claimed by the plaintiff having been required for the defence of the country, and applied for more than thirty years for the erection of the fortifications of the city of Quebec, had ceased to be *in commercio*, and could not be the subject of a petitory action.

Laporte and The Principal Officers of H. M. Ordnance.

486

PRIVILEGE.

Held :—That the crown, without registration, has no privilege for a loan of debentures made under the provisions of the 9. Vic. ch. 62, if such loan has been made to a party who was not a sufferer by fire.

Regina and Bois,

Jugé, par la Cour Supérieure :—10. Que la couronne a pu acquérir un immeuble en Canada, par la prescription de trente ans et plus, et que le véritable propriétaire pouvait interrompre cette prescription par la pétition de droit, procédure qui pouvait être invoquée dans la colonie aussi bien que dans la mère-patrie. 20. Que dans l'espèce le demandeur se fondait sur un titre vague et incertain, et n'avait pas prouvé la possession de ses auteurs. 30. Que le terrain réclamé dans la cause ayant été requis et occupé pour plus de trente ans pour la construction des fortifications de la cité de Québec, ne pouvait pas être le sujet d'une action pétitoire.

Jugé, par la Cour d'Appel :—Que le terrain réclamé par le demandeur, ayant été requis pour la défense du pays, et destiné et employé pour plus de trente ans à l'érection des fortifications de la cité de Québec, avait cessé d'être *in commercio*, et ne pouvait être le sujet d'une action pétitoire.

Jugé :—Que la couronne n'a point de privilège pour prêt de débentures en vertu des dispositions de la 9e. Vic. c. 62, sans enregistrement, si le prêt a été fait à tout autre qu'un incendié.

471

PROHIBITION.

Held :—That a writ of prohibition ought to be granted as of right, whenever a commissioner's Court has exceeded its jurisdiction.

Ex parte, — Burke.

Jugé :—Qu'un writ de prohibition doit être accordé *de plano*, lorsqu'une Cour de commissaires a excédé sa juridiction.

403

PROMISSORY NOTE.

1. Held :—That an action cannot be maintained upon a promissory note, if it be proved that it was given, and the proceeds thereof were applied, to bribe the electors of a county.

Gugy and Larkin.

Jugé :—Qu'une action fondée sur un billet promissoire ne peut être maintenue, s'il est prouvé que le billet a été donné, et le produit d'icelui employé, pour corrompre les électeurs d'un comté.

11

Payments of.

2. Held :—That in an action for the recovery of a promissory note made in 1824, brought in December 1853, the plea that at the time of the institution of the said action more than five years had elapsed since the said note became due, and that, therefore, the said note must be taken and considered to be paid and discharged, is a good plea under 12. Vict. c. 22.

Hoyle and Torrance.

Jugé :—Que dans une action en recouvrement du montant d'un billet promissoire fait en 1824, portée en décembre 1853, une exception alléguant qu'au temps de l'institution de l'action il s'était écoulé plus de cinq ans depuis l'échéance du dit billet, qui doit, en conséquence, être censé et considéré payé et acquitté, est fondée en droit d'après le statut de la 12e. Vict. c. 22.

312

Fraud.

3. Held :—That proof of fraud in the making of a note, casts upon the plaintiff the burthen of shewing that he is a *bona fide* holder for valuable consideration.

Withall vs. Ruston.

Jugé :—Que s'il est prouvé qu'un billet a été obtenu par fraude, le demandeur est obligé de prouver qu'il en est le porteur de bonne foi pour bonne et valable considération.

399

Prescription.

4. Held :—That an action on a promissory note, in which are included general counts for goods sold and delivered, will not be dismissed on a plea of prescription of five years, if on the general counts, the original consideration be proved, and that in such case an unpaid promissory note is no payment.

Beaudoin vs. Dalmasse.

Jugé :—Qu'une action fondée sur un billet promissoire, qui contient des allégués généraux pour marchandises vendues et livrées, ne doit pas être déboutée sur un plaidoyer de prescription de cinq ans, si, sur les allégués généraux, la cause originaire du billet est prouvée, et que dans tel cas un billet promissoire non payé n'est pas véritablement un paiement.

47

RAILWAY COMPANY.—SHAREHOLDERS. CONTRACTORS.

Under a clause in an agreement between a contractor and a railroad company, the contractor was authorized to collect, for his own benefit and profit, arrears due by certain stockholders for the price of their stock, to a certain specified amount :

Held :—That in such case, the stockholders cannot be sued in the name of the contractor, and that the company is not liable to warrant or defend such contractor against a plea by a stockholder, alleging facts to show that he was not indebted to the company.

White vs. Daly, and White vs. The Industry Village and Rawdon Railroad Company. 360

En vertu d'une stipulation dans un marché entre un contracteur et une compagnie de chemin de fer, le contracteur était autorisé à percevoir, pour son bénéfice et avantage, certains arrérages dus par des actionnaires pour leurs souscriptions.

Jugé :—Que dans tel cas, les actionnaires ne peuvent être poursuivis au nom du contracteur, et que la compagnie n'est pas tenue de garantir tel contracteur sur un plaidoyer par un actionnaire, alléguant des faits pour constater qu'il n'est pas endetté envers la compagnie.

REGISTRATION.

REVOCATORY ACTION OF VENDOR

Held :—1o. That the vendor of real estate has a revocatory action in default of payment of the purchase, whether such purchase be made with or without delay.

2o. That the stipulation that a person shall pay a debt to a third party, becomes a perfect delegation by the registration at length of the deed containing the same, under the 8. Vict., ch. 22, sect. 6.

3o. That, in the case submitted, the vendor, *baillieur de fonds*, who has not registered, can demand the rescission of the deed of sale, in default of payment of the purchase money, to the prejudice of a subsequent purchaser, who has undertaken to pay him, and who has caused his deed of purchase to be registered at length.

Patenaude and Lérigé dit Laplante,

Jugé :—1o. Qu'un vendeur de biens-fonds a l'action résolutoire faute de paiement du prix stipulé, avec ou sans terme.

2o. Que l'indication de paiement dans un acte devient délégation parfaite par l'enregistrement au long de cet acte, suivant la 8e. Vict. ch. 22, sect. 6.

3o. Que, dans l'espèce, un bailleur de fonds non enregistré a droit à la résolution de l'acte de vente, faute de paiement du prix, à l'encontre d'un sous-acquéreur qui s'était chargé de le payer, et qui avait fait inscrire son titre en entier.

66

REGISTRATION.—*Vide* MORTGAGE.—SERVITUDE REELLE.

RENTE FONCIÈRE.—*Vide* DEGUERPISSMENT.

REVOCATORY ACTION.—*Vide* REGISTRATION.

RULING OF A JUDGE IN CHAMBERS REVERSED.—*Vide* APPEAL

SALE.—POWER OF ATTORNEY.—LANDS IN FREE AND COMMON SOCCAGE.

Held:—1o. That a writing or *lettre missive* is a sufficient power of attorney for the sale of the lands therein mentioned.

2o. That the writing relied on by defendant as a deed of sale, is a sufficient conveyance to defendant of the lot in dispute, although executed in the name of the firm by a partner of the person named in the power of attorney, and although such writing is addressed to defendant and another, and although the terms of the power of attorney, as to the amount to be paid at the time of the sale, are varied by the instrument of sale.

3o. That, in a petitory action, pleas by the defendant setting up title to the lot in dispute under an instrument in favor of himself and another are good pleas to the action, although the power of attorney under which title is conveyed is in one plea set up as in favor of A., and in the other as being in favor of A. and B., co-partners, and although the title was executed by B. in the name of the firm.

4o. That a sale of land in free and common soccage by B in the name of a firm under a power of attorney to A., his partner, is valid, although not signed by the purchasers therein named, and although not executed in presence of witnesses nor under seal.

Cummings and Quintal.

SEIZURE.

Held:—That the seizure of the moveable and immoveable property of a defendant, on the same day under the same writ, will not be set aside upon opposition, there being nothing in the statute prohibiting such seizure.

Kierskowski vs. Talon dit L'esperance.

Jugé:—1o. Qu'un écrit ou lettre missive constitue une procuration suffisante pour la vente des terrains y mentionnés.

2o. Que l'écrit que le défendeur considère comme un acte de vente, constitue en faveur du défendeur un transport suffisant du terrain en contestation, bien qu'il ait été exécuté au nom de la société par un associé de la personne désignée dans la procuration, et bien que cet écrit soit adressé au défendeur, et à une autre personne, et malgré que les termes de la procuration, quant au montant à être payé au temps de la vente, diffèrent de ceux qui sont employés dans l'acte de vente.

3o. Que dans une action pétitoire, des plaidoyers alléguant le titre du défendeur au terrain en contestation en vertu d'un acte fait en faveur de lui-même et d'une autre personne, sont des plaidoyers recevables à l'action, bien que la procuration, en vertu de laquelle le titre est transféré soit dans l'un des plaidoyers alléguée comme étant faite en faveur de A., et dans un autre en faveur de A. et B., co-associés, et bien que le titre ait été exécuté par B. au nom de la société.

4o. Que la vente d'immeuble en franc et commun soccage faite par B. au nom d'une société, en vertu d'une procuration à A., son associé, est valable, bien que l'acte n'ait pas été signé par les acquéreurs y dénommés, et qu'il n'ait pas été exécuté en présence de témoins, non plus que revêtu d'un sceau.

139

Jugé:—Que la saisie des meubles et immeubles d'un défendeur, le même jour en vertu du même writ, ne sera pas déclarée nulle sur opposition, en autant qu'aucune disposition du statut ne prohibe pareille saisie.

359

SEASON OF NAVIGATION.—SUMMER.

Held:—That the word "Summer" used in a contract to indicate the period within which timber should be delivered in Quebec, means, under the circumstances disclosed in the case, the season of navigation, which begins in the commencement of May, and terminates about the end of November, and cannot be understood as limiting the time strictly to the three months which form the season of summer, as the year is divided in the calendar.

Thibaudeau and Lee.

Jugé:—Que le mot "Été" employé dans un contrat pour spécifier l'époque pendant laquelle du bois devra être délivré à Québec, désigne, dans le cas particulier, la saison de la navigation, qui s'ouvre vers le commencement de mai, et se termine vers la fin de novembre, et ne peut être entendu comme limitant strictement le temps de la livraison aux trois mois qui forment la saison de l'été, suivant la division astronomique de l'année.

230

SERVITUDE REELLE.—REGISTRATION. DIVISIBILITY.

Held:—10. That the right of pasturing cattle upon a land, created in favor of the proprietor of an emplacement, is a real service, *servitude réelle*.

20. That the bequest of the emplacement has had the effect of transferring the service, as an accessory, although such service was not specifically mentioned in the will.

30. That such service being real and having been created previously to the laws of registration, may subsist although the deed creating the same was not registered.

40. That this service may be divided, and that the emplacement, *héritage dominant*, having been divided, and one half of the same having become the property of the owner of the service, the other half may be exacted from the proprietor of the land, *héritage servant*; and that, in the case submitted, the service shall be rendered by the proprietor of the land year about.

Dorion and Rivet.

Jugé:—10. Que le droit de faire pacager des animaux sur une terre, créé en faveur du propriétaire d'un emplacement, est une servitude réelle.

20. Que la transmission de l'emplacement au moyen de dispositions testamentaires a eu l'effet de transporter comme accessoire cette servitude, quoiqu'elle ne fût pas spécialement indiquée.

30. Que cette servitude étant de sa nature réelle et ayant été créée avant la passation des lois d'enregistrement, peut subsister nonobstant que l'acte qui l'a constituée, n'a pas été enregistré.

40. Que cette servitude peut être divisée, et que l'héritage dominant se trouvant partagé, et moitié d'ice-lui étant échue au propriétaire de la servitude, la prestation peut être exigée pour moitié de celui qui est propriétaire de l'autre moitié de l'héritage servant; et que, dans l'espèce, la prestation devra se faire par ce dernier un an sur deux.

257

SHAREHOLDERS.—*Vide* RAILWAY COMPANY.

SHERIFF.

1. Held:—That a rule on the sheriff to produce goods seized and that in default of producing them, the said sheriff be imprisoned and held *contraignable par corps* until he produce the said goods and chattels, or until he pay to the plaintiffs the balance of £448 12 2 with interest, due on their judgment, must be discharged, as illegal.

That the rule should be that in default of producing the goods, he be declared *contraignable* until he pays their value.

Leveson vs. Cunningham, and Boston.

Jugé:—Qu'une règle signifiée au shérif lui ordonnant de produire des effets saisis, et comportant qu'à défaut par lui de ce faire, il soit emprisonné et contraint par corps jusqu'à la production des dits biens et effets, ou jusqu'à ce qu'il ait payé aux demandeurs la balance de £448 12 2 avec intérêt, laquelle leur reste due sur leur jugement, doit être déchargée, comme étant illégale.

Que la règle devrait être, qu'à défaut de produire les effets, il soit déclaré *contraignable par corps* jusqu'à ce qu'il en ait payé la valeur.

275

Liability of sheriff as guardian, notice of action.

In an action by the appellant against the respondents, formerly joint sheriff of the district of Montreal, setting forth the liability of the respondents, arising out of the execution by their officer of a writ of *seizure-revendication*, under which certain steamboat machinery was seized in the possession of the appellant, defendant, and also setting forth delivery thereof to the plaintiffs *en revendication*, and the neglect of the respondents to comply with an interlocutory judgment quashing the seizure, and ordering the respondents to deliver to the appellant the effects seized; also the appointment of an incompetent *gardien* and dismissal of the action *en revendication*, praying that the respondents be declared *contraignable par corps* and committed to jail until the effects were restored or their value paid, and for damages by reason of the neglect of the respondents to comply with such interlocutory judgment:

2. Held:—10. That the respondents were not entitled to the thirty days notice under the provincial act for the protection of magistrates and

Dans une action par l'appellant contre les intimés, ci-devant shérifs conjoints pour le district de Montréal, alléguant la responsabilité des intimés, résultant de l'exécution d'un writ de *seizure-revendication* par l'un de leurs officiers, en vertu duquel certains mouvements d'un vapeur avaient été saisis entre les mains de l'appellant, défendeur, et alléguant aussi la livraison de tels mouvements aux demandeurs *en revendication*, et le refus des intimés d'obéir à un jugement interlocutoire annulant la saisie, et enjoignant aux intimés de remettre les effets saisis à l'appellant; alléguant aussi l'appointement d'un *gardien* incompetent, et le renvoi de l'action *en revendication*, et concluant à ce que les intimés fussent déclarés *contraignables par corps* et emprisonnés jusqu'à la restitution des effets ou le paiement de leur valeur, et demandant certains dommages en raison du refus des intimés d'obéir à tel jugement interlocutoire:

Jugé:—10. Que les intimés n'avaient pas droit aux trente jours d'avis en vertu des dispositions de l'acte provincial pour la protection

others acting in the performance of public duties.

20. That this statute has reference only to actions brought for damages, *dommages-intérêts*, simply, and not to actions where damages are claimed for the nonfulfilment of a contract or of an obligation imposed either by law or by stipulation.

30. That the sheriff, as seizing officer and as *gardien* of effects seized, is subject to the same liability as the *huissier* and *gardien* under the french law, and that this responsibility does not arise from the act of 1836, but from the time when he was appointed to perform such duties in civil matters.

Irwin and Boston.

des juges de paix et autres agissant dans l'exécution de devoirs publics.

20. Que ce statut a trait seulement aux actions en dommages-intérêts, et non aux actions où il est réclamé des dommages pour l'inexécution d'un contrat ou d'une obligation imposée par la loi ou résultant d'une convention.

30. Que le shérif, comme officier saisissant et gardien des effets saisis, est assujéti aux mêmes responsabilités que l'huissier et le gardien sous le droit français, et que cette responsabilité n'a pas son origine dans l'acte de 1836, mais date bien de l'époque où tel shérif a été commis à l'exécution de tels devoirs en matières civiles.

433

SHERIFF.—*Vide* ATTORNEY AD LITES.

SUFFICIENCY OF QUESTIONS.—*Vide* JURY TRIAL.

SUMMER.—*Vide* SEASON OF NAVIGATION.

TRUE BILL.—EFFECT OF, IN CIVIL SUITS.

Held:—That in an action brought to recover upon a policy of insurance, an *exception dilatoire*, in which it is alleged that a true bill has been found by a grand Jury, and is pending against the plaintiff on a charge of arson with a view to defraud the defendants, and that therefore all proceedings in the cause must be stayed and held in abeyance till he shall have been tried upon the indictment, must be dismissed, and that the existence of the criminal charge against the plaintiff cannot operate a suspension of proceedings in the action against the defendants.

Jugé:—Que dans une action portée sur une police d'assurance, une exception dilatoire, par laquelle il est allégué qu'un grand Jury a fait rapport de *true bill* contre le demandeur sur une accusation d'avoir mis le feu à une maison, dans le but de frauder les défendeurs, et que par tant toutes procédures dans la cause doivent être suspendues jusqu'à ce que le demandeur ait subi son procès sur l'accusation, doit être renvoyée, et que le fait d'une pareille accusation contre le demandeur ne peut suspendre la procédure dans une action contre les défendeurs.

Maguire, vs. The Liverpool and London Fire and Life Insurance Company.

343

TUTORSHIP.—ACTION OF ACCOUNT. INVENTORY.

The Superior Court, sitting at Quebec, present Bowen, Chief-Justice, Morin and Badgley, Justices, on the 5th September, 1855, rendered judgment in favor of the respondent, deciding the following points :

1o. That so long as a first tutorship exists, a second cannot take place, and that all the acts made by a second tutor are null ;

2o. That an inventory made without calling the first tutor is null ;

3o. That if the *subrogé tuteur*, who has appeared at an inventory, is still a minor, the inventory is null ;

4o. That the bailiff who has estimated the chattels mentioned in the inventory, must be sworn, if not, the inventory is null ;

5o. That inaccuracies, false valuations, omissions in an inventory, make it void, and render the one who has made it guilty of fraud ;

6o. That all transactions, acquittances and discharges, which have taken place between a tutor and minors who have become of age, founded upon such incorrect and fraudulent inventory, are null *de plano* ;

7o. That transactions which have taken place between a tutor and minors who have become of age, without a faithful inventory being made, without accounts being rendered and without production of vouchers, are void *de plano* ;

8o. That the action *rescisoire*, in such a case, is not prescribed by ten years, when there is deceit and fraud ;

9o. That when there is an absence of registration, the civil *status* of a person can be proved by the sayings of his parents and by witnesses.

This judgment of the Superior Court is reversed by the Court of Appeals, by which Court it is,

Held :—1o. That in the case submitted there was no authentic instrument ascertaining the period of

La Cour Supérieure, siégeant à Québec, composée de Bowen, Juge-en-Chef, Morin et Badgley, Juges, avait rendu, le cinq septembre, 1855, un jugement en faveur de l'intimé, décidant les points suivants :

1o. Que tant qu'une première tutelle existe, une seconde ne peut avoir lieu, et que tous les actes faits par un second tuteur sont nuls ;

2o. Qu'un inventaire fait sans y appeler le premier tuteur est nul ;

3o. Que si le subrogé tuteur, qui a comparu à tel inventaire, est encore mineur, l'inventaire est nul ;

4o. Que l'huissier, qui a prisé les effets portés à l'inventaire, doit être assermenté, à peine de nullité de l'inventaire ;

5o. Que des inexactitudes, de fausses évaluations, des recels dans un inventaire, le rendent nul, et constituent en fraude celui qui l'a fait ;

6o. Que toutes transactions, quittances et décharges, intervenues entre tel tuteur et des mineurs devenus majeurs, ayant pour base tel inventaire incorrect et frauduleux, sont nulles de plein droit ;

7o. Que des transactions intervenues entre un tuteur et des mineurs devenus majeurs, sans qu'il ait été fait un bon et loyal inventaire, sans reddition de compte et sans production de pièces justificatives, sont nulles de plein droit ;

8o. Que l'action rescisoire, dans pareil cas, ne se prescrit pas par dix ans, lorsqu'il y a dol et fraude ;

9o. Qu'en l'absence de registres, l'état civil d'une personne peut être prouvé par les dires de ses parents et par témoins.

Ce jugement de la Cour Supérieure, est infirmé par la Cour d'Appel, par lequel tribunal il est,

Jugé :—1o. Que dans l'espèce, il n'existait pas d'acte authentique constatant l'époque de la naissance

the respondent's birth; that the respondent having on the 21st. of August, 1830, declared himself of full age, it was incumbent upon him to establish the fact of his alleged minority by precise and undoubted proof, which he had failed to do; that he had likewise failed, in relation to the same fact, with respect to William Andrew Motz;

2o. That J. C. having the usufruct of the property devised to William Andrew and Catherine Motz, of whom he was the tutor, and that never having been the tutor of the respondent, he was not, under the circumstances, held to render an account to the three children of the late Motz; and that, therefore, the want of a *reddition de compte* was not a means which the respondent could legally invoke to set aside the transactions which the respondent and his brother had entered into with the said J. C.; and that the said respondent, and his said brother, being reputed of full age when the transactions had taken place, the same could be legally made as well for themselves as for their sister, deceased, a minor;

3o. That the action *en nullité* brought by the respondent was prescribed by the period of ten years since the passing of the deeds complained of;

4o. That it had not been proved that the inventory of the 31st. August, 1830, was fraudulent, and that the errors and omissions alleged against it could only give rise to a demand for its alteration and rectification, and that, therefore, the respondent had no right to bring suit praying it should be declared void and concluding *en pétition d'hérédité*, for an inventory and the rendering of an account; and that the Judgment of the Superior Court, which had awarded to the respondent the conclusions of his declaration, was erroneous.

Moreau and Motz,

de l'intimé; que le 21 août, 1830, l'intimé, ayant déclaré être majeur, il lui incombait d'établir le fait de sa prétendue minorité par une preuve claire et précise, ce qu'il n'avait pas fait; qu'il en était de même quant à William Andrew Motz;

2o. Que J. C. ayant l'usufruit des biens légués en propriété à William Andrew et Catherine Motz, dont il était tuteur, et que n'ayant jamais été tuteur de l'intimé, dans ces circonstances, il n'était pas tenu de rendre compte aux trois enfants Motz, et que par conséquent, l'absence de reddition de compte n'était pas un moyen que l'intimé pût valablement invoquer pour faire annuler les traités que lui et son frère avaient faits avec le dit J. C.; et que l'intimé et son frère étant réputés majeurs, lorsque ces traités avaient eu lieu, iceux pouvaient être valablement faits, tant pour leur propres parts que pour celles de leur sœur décédée en minorité;

3o. Que l'action en nullité portée par l'intimé était prescrite par le laps de dix années écoulées depuis la passation des actes incontestés.

4o. Qu'il n'avait pas été prouvé que l'inventaire du 31 août, 1830, fut entaché de dol et de fraude, et que les erreurs et omissions qui y ont été signalées pouvaient seulement donner lieu à une demande en réformation ou rectification, et que, par conséquent, l'intimé n'était pas fondé à se pourvoir par une action générale en nullité, en pétition d'hérédité, en confection d'inventaire et en reddition de compte, et que le jugement de la Cour Supérieure, qui avait octroyé à l'intimé les conclusions de sa demande, était erroné.

VENTITIONI EXPONAS.—*Vide* OPPOSITION AFIN D'ANNULER.

VICE ADMIRALTY COURT.—JURISDICTION OF THE.

Held:—That the Court of Vice-Admiralty has no jurisdiction in an action by a pilot for the moving of a vessel from one point or place in the harbour of Quebec to another.

Mercier vs. The Colina.

Jugé:—Que la Cour de Vice-Amirauté n'a pas de juridiction dans une action par un pilote pour le transport d'un vaisseau d'une place dans le havre de Quebec, à une autre.

427

WAREHOUSEMAN.—LIABILITY OF.

Held:—1. That a paid warehouseman (*dépositaire salarié*) is liable for want of due care (*faute légère*) respecting goods placed under his charge.

2. That if such warehouseman plead that his store was broken into, and the goods so confined to his charge as such *dépositaire* were stolen and taken away therefrom, the onus of proof rests with him, and he must prove the robbery clearly and satisfactorily.

3. That it is the duty of such warehouseman, to take immediate measures, after such robbery, to ascertain the extent of property stolen, and to endeavour to recover the same or to inform the proprietor thereof, so as to afford him an opportunity of taking measures to recover the property so stolen.

Roche vs. Fraser.

Jugé:—1. Qu'un dépositaire salarié de marchandises déposées sous sa garde est responsable de la *faute légère*.

2. Que si tel dépositaire prétend que son magasin a été défoncé, et que les marchandises ainsi remises sous sa garde en ont été emportées et volées, l'*onus probandi* incombera sur lui, et il sera tenu d'établir le vol d'une manière claire et satisfaisante.

3. Qu'il est du devoir de tel dépositaire, immédiatement après le vol, de constater la quantité des effets volés, et de prendre les moyens nécessaires pour les recouvrer, ou d'informer le propriétaire de la marchandise du vol, afin de lui donner l'occasion de faire les démarches convenables pour le recouvrement des effets ainsi volés.

472

WATER COURSE.

Held:—That the owner of a mill site is entitled to a judgment affirming his right to the enjoyment of the use of the water of a stream in its natural course, which has been diverted by a neighbour for the purpose of turning a mill upon his own land, although, at the time of the action, the party complaining had no mill, and did not require the use of the water.

Bussière vs. Blais,

Jugé:—Que le propriétaire d'une place de moulin a droit à un jugement qui reconnaisse son droit à l'usage d'un cours d'eau dans son canal naturel, lequel cours d'eau a été détourné par un voisin, pour faire mouvoir un moulin sur sa propre terre, quoique, lors de l'institution de l'action, tel propriétaire n'avait point de moulin, et ne requerrait point l'usage de l'eau.

245

WIDOW.—UNCHASTITY.

Held :—That a widow, guilty of unchastity during the first year of her widowhood, is liable to be deprived of her dower, but a judgment to that effect, as to the rents, issues and profits, will be prospective only.

J. vs. R.,

Jugé :—Qu'une veuve, coupable d'ineontinence pendant la première année de sa viduité, peut être privée de son douaire, mais un jugement à cet effet, en autant qu'il s'agit des fruits et revenus de tel douaire, n'aura pas un effet rétroactif.

391

WILL.

1. Held :—That a will executed by a notary in the presence of two witnesses, one of which witnesses is under the age of twenty, is not valid as a notarial instrument, but is valid according to english law, followed in that respect in Lower-Canada, the notary and witnesses in such case being considered as sufficient for the purpose of attesting the execution of the will.

Lambert and Gauvreau,

Jugé :—Qu'un testament reçu par un notaire en présence de deux témoins, ne peut valoir comme testament solennel, si l'un des témoins n'avait pas l'âge de vingt ans accomplis, mais peut valoir suivant les dispositions des lois d'Angleterre, suivies à cet égard dans le Bas-Canada, le notaire et les deux témoins étant considérés dans ce cas comme suffisants pour attester l'exécution de ce testament.

277

Legacy.

2. Held :—That a legacy by which a testatrix gives and bequeaths to all her children living at the time of her decease, by equal portions among them, all her property, includes her grand-children issue of one of the children of the testatrix, such child having died before the opening of the legacy.

Lee vs. Martin.

Jugé :—Qu'un legs par lequel une testatrice donne et légue à tous ses enfants vivants lors de son décès, par parts et portions égales, tous ses biens, comprend ses petits enfants, issus d'un des enfants de la testatrice, tel enfant étant décédé avant l'ouverture du legs.

851

TABLE OF CONTENTS

OF THE

INDEX.

	PAGES.
Action, notice of.....	505
Action of account, <i>vide</i> Tutorship.....	524
Admission by partner, <i>vide</i> Partnership.....	516
Affidavit, <i>vide</i> Capias, Opposition <i>afin d'annuler</i>	507, 515
Agreement to forbear opposing a bill.....	505
Appeal, ruling of a judge in chambers reversed.....	505
Assignment, fraud.....	506
Assignment, service of, <i>vide</i> <i>Lods et ventes</i>	513
Attorney <i>ad lites</i> , liability, costs, sheriff.....	506
Bail, after the finding of a true bill.....	507
Bail emphytéotique, <i>vide</i> Mortgage.....	513
Bill of lading, <i>vide</i> Freight.....	509
Bornage.....	507
Capias.....	507
Certiorari, costs.....	508
Composition, delay.....	508
Composition, <i>vide</i> Payment of surety in anticipation.....	516
Confirmation of title, <i>vide</i> Mortgage.....	513
Consignee, <i>Vide</i> Freight.....	509
Contractors, <i>vide</i> Railway company.....	519
Costs, <i>vide</i> Attorney <i>ad lites</i> , Certiorari.....	506, 508
Curator to interdict, <i>vide</i> Interdict.....	511
Customs, duties.....	509
Deguerpissement.....	509
Delay, <i>vide</i> Composition.....	508
Divisibility, <i>vide</i> Servitude réelle.....	521
Duties, <i>vide</i> Customs.....	509
Effect of true bill in civil suits, <i>vide</i> , True bill.....	523
Fire debentures, <i>vide</i> Mortgage.....	513
Fraud, <i>vide</i> Assignment, Garnishee, Promissory note.....	506, 510, 518
Freight, consignee, bill of lading.....	509
Garnishee, declaration of.....	510
Hypothèque, <i>vide</i> Mortgage.....	513
Interdict, curator to.....	511
Interest, usury laws.....	511
Inventory, <i>vide</i> Tutorship.....	524
Jugement commun, action in declaration of.....	512
Jurisdiction of Vice Admiralty Court, <i>vide</i> Vice Admiralty Court.....	526

Jury trial, sufficiency of questions.....	512
Lands in free and common soccage, <i>vide</i> Sale.....	520
Lease, <i>vide</i> Mortgage.....	513
Legacy, <i>vide</i> Will.....	527
Lessor, privilege of.....	512
Liability, <i>vide</i> Attorney <i>ad lites</i>	506
Lien, " Freight.....	509
Loan of debentures, <i>vide</i> Privilege.....	517
Lods et ventes.....	513
Mandamus.....	513
Mortgage.....	513
Moveables and immoveables, paper machine.....	515
Notice of action, <i>vide</i> Action, Sheriff.....	505 522
Opposition <i>afin d'annuler</i>	515
Opposition to confirmation of title, <i>vide</i> Mortgage.....	513
Penal action.....	516
Paper machine, <i>vide</i> Moveables and immoveables.....	515
Partnership, liability of.....	516
Payment by surety in anticipation, composition.....	518
Petition of rights, <i>vide</i> Prescription.....	517
Power of attorney, <i>vide</i> Sale.....	520
Prescription, petition of rights.....	517
Privilege.....	517
Prohibition.....	518
Promissory note.....	518
Railway company, shareholder, contractors.....	519
Registration, revocatory action of vendor.....	519
Registration, <i>vide</i> Mortgage, Servitude réelle.....	513 521
Revocatory action, <i>vide</i> Registration.....	519
Sale, power of attorney, lands in free and common soccage.....	520
Seizure.....	520
Season of navigation, summer.....	521
Servitude réelle, registration, divisibility.....	521
Shareholders, <i>vide</i> Railway company.....	519
Sheriff.....	522
Sheriff, <i>vide</i> Attorney <i>ad lites</i>	506
Sufficiency of questions, <i>vide</i> Jury trial.....	512
Summer, <i>vide</i> Season of navigation.....	521
True bill, effect of in civil suits.....	523
Tutorship, action of account, inventory.....	524
Venditioni exponas, <i>vide</i> Opposition <i>afin d'annuler</i>	515
Vice-admiralty Court, jurisdiction of.....	526
Warehouseman, liability of.....	526
Water course.....	526
Widow.....	527
Will.....	527

TABLES DES MATIÈRES CONTENUES

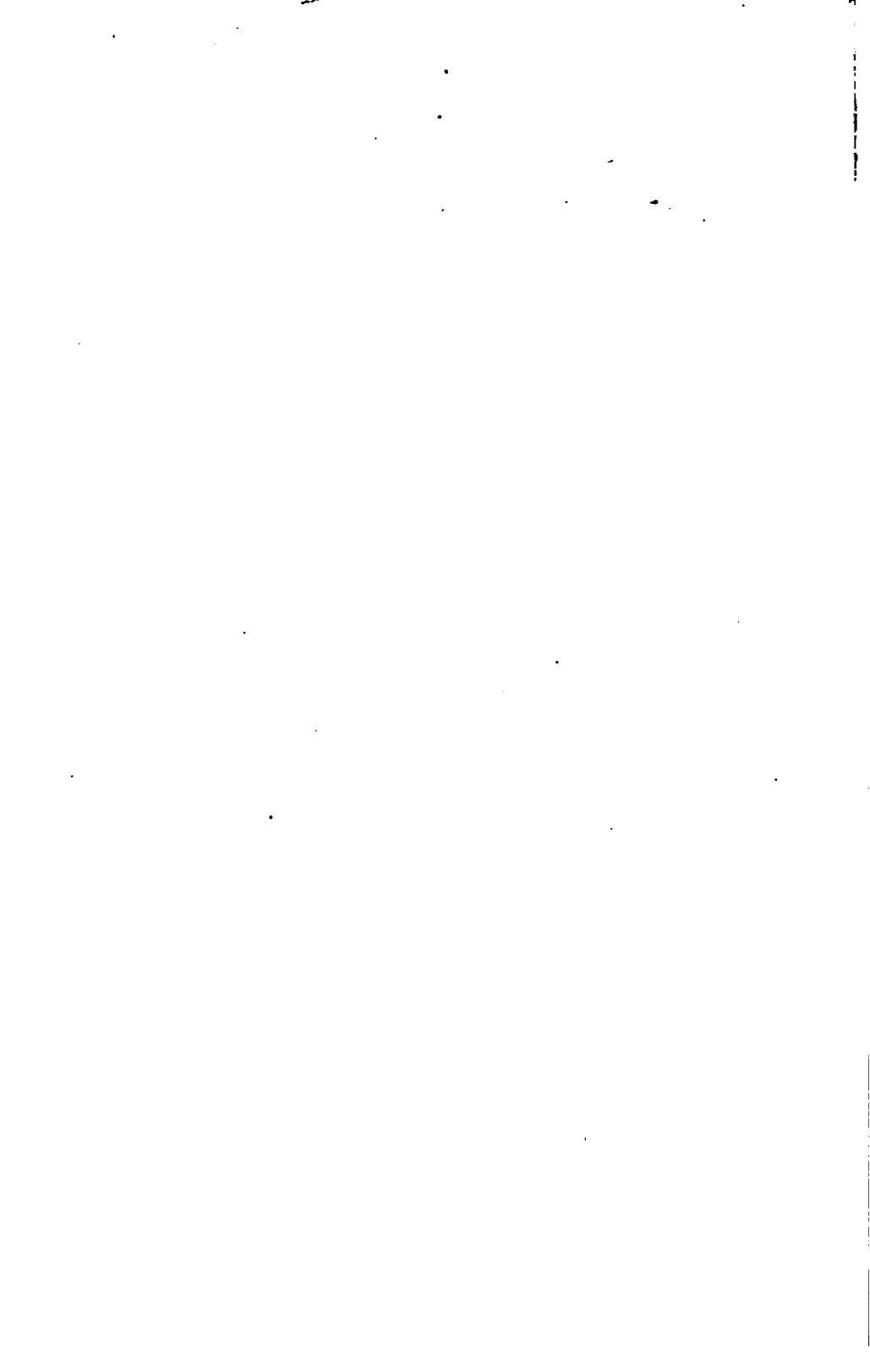
DANS

L'INDEX.

	PAGES.
Action, avis d'	<i>vide</i> Action, notice of, Sheriff.. 505, 522
Action en reddition de compte	" Tutorship..... 524
Action pénale	" Penal action..... 516
Action révocatoire	" Registration..... 519
Actionnaires	" Railway company..... 519
Admission par un associé	" Partnership..... 516
Affidavit	" Capias, Opposition afin d'an- nuler..... 507, 515
Appel	" Appeal..... 505
Attermoïement	" Composition..... 508
Attermoïement	" Payment..... 516
Bail	" Mortgage..... 513
Bail emphytéotique	" Mortgage..... 513
Bailleur	" Lessor..... 512
Billet promissaire	" Promissory note..... 518
Bornage	" Bornage..... 507
Capias	" Capias..... 507
Cautionnement	" Bail..... 507
Certiorari	" Certiorari..... 508
Cession	" Assignment..... 506
Cession	" Lods et ventes..... 513
Chemin de fer, compagnie de	" Railway Company..... 519
Connaissément	" Freight..... 509
Consignataire	" Freight..... 509
Convention de ne pas s'opposer à un bill	" Agreement..... 505
Contracteurs	" Railway Company..... 519
Cours d'eau	" Water course..... 526
Curateur	" Interdict..... 511
Débentures	" Mortgage..... 513
Déguerpissement	" Déguerpissement..... 509
Délai	" Composition..... 508
Dépositaire	" Warehouseman..... 526
Divisibilité	" Servitude réelle..... 521
Douanes	" Customs..... 509
Droits	" Customs..... 509
Enregistrement	" Registration..... 519
Enregistrement	" Mortgage..... 513

Été	<i>Vide</i> Season of navigation.....	521
Frais	" Attorney <i>ad lites</i>	506
Frêt	" Freight.....	509
Fraude	" Assignment.....	506
Fraude	" Promissory note.....	518
Hypothèque	" Mortgage.....	513
Interdit	" Interdict.....	511
Intérêts	" Interest.....	511
Inventaire	" Tutorship.....	524
Jugement commun	" Jugement commun.....	512
Jurisdiction	" Vice-admiralty Court.....	526
Legs	" Will.....	527
Locateur	" Lessor.....	512
Lods et ventes	" Lods et ventes.....	513
Machine à papier	" Moveables and immoveables..	515
Mandamus	" Mandamus.....	513
Meubles et immeubles	" Moveables and immoveables..	515
Opposition afin d'annuler	" Opposition afin d'annuler....	515
Opposition à lettres de ratification	" Mortgage.....	513
Paiement en anticipation	" Payment.....	516
Pétition de droits	" Prescription.....	517
Prescription	" Prescription.....	517
Pret de débentures	" Privilege.....	517
Privilège	" Privilege.....	517
Procès par Juré	" Jury Trial.....	512
Procureur <i>ad lites</i>	" Attorney <i>ad lites</i>	506
Prohibition	" Prohibition.....	518
Questions	" Jury trial.....	512
Ratification	" Mortgage.....	513
Rente foncière	" Dégagement.....	509
Responsabilité	" Attorney <i>ad lites</i>	506
Saisie	" Seizure.....	520
Saison de la navigation	" Season of navigation.....	521
Servitude réelle	" Servitude réelle.....	521
Shérif	" Attorney <i>ad lites</i>	506
Shérif	" Sheriff.....	522
Société	" Partnership.....	516
Terres en franc et commun soc-	" Sale.....	520
cage	" Will.....	527
Testament	" Garnishee.....	510
Tiers saisi	" Tutorship.....	524
Tutelle	" Opposition.....	515
Venditioni-exponas	" Sale.....	520
Vente	" True bill.....	523
Verdict	" Widow.....	527
Veuve	" Vice-admiralty.....	526
Vice-amirauté	" True bill.....	523
Vrai Bill		





Stanford Law Library



3 6105 063 497 841

